This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

L. German
100
S. 496

BIBL. COLL. GON. ANIM. OXON.

J. A. Seuffert's

Archiv

für

Entscheidungen der obersten Gerichte

in den

deutschen Staaten.

Neue Folge V. Band.
Der ganzen Reihe 35. Band.

München und **Leipzig.**
Druck und Verlag von R. Oldenbourg.
1880.

German
100
S496

Die Verlagshandlung

an die Abnehmer von Seuffert's Archiv.

Als vor 14 Jahren das Bedürfnis eines Neuabdruckes der bis dahin erschienenen 18 Bände Seuffert's Archiv sich ergab, wurde für den Neuabdruck ein größeres Format aus dem pelten Grunde gewählt, weil die Kosten dabei geringer waren, folgeweise dadurch die Ver-handlung in den Stand gesetzt war, das Werk zu niedrigerem Preise abzugeben, sodann die Benützung des Werkes durch das größere Format eine bequemere wurde.

Die Bände XIX und XX des Archivs sollten, wie in dem Prospectus der Verlagshandlung 1 April 1866 gesagt ist, sowohl im bisherigen Formate als in dem neuen Formate ausgegeben

werden, vom 21. Bande an dagegen das Archiv nur in dem neuen Formate erscheinen, vorbehaltlich einer Aenderung der Satzweise, sowie der Bestimmung der Heftezahl eines jeden Bandes.

Die Rücksicht auf die Abnehmer der kleinen Ausgabe bestimmte jedoch die Verlagshandlung, nach Vollendung des 20. Bandes die kleine Ausgabe neben der großen vorerst beizubehalten. Demgemäß sind auch die Bände XXI—XXX in beiden Formaten ausgegeben worden. Die Erweiterung des Inhalts der einzelnen Bände, welche vom 24. Bande an eintrat, wurde in der kleinen Ausgabe durch sparsameren Druck, in der großen Ausgabe durch Vermehrung der Bogenzahl ermöglicht; eine Aenderung des Formats trat bei keiner Ausgabe ein.

Die Doppelausgabe des Archivs schloß nun aber mehrfache, hier nicht im Einzelnen aufzuführende Nachtheile in sich; es erschien als dringend geboten, eine Aenderung eintreten zu lassen. Hinwieder glaubte die Verlagshandlung, weder die Besitzer der großen Ausgabe einfach für die Zukunft auf die kleine, noch die Besitzer der kleinen Ausgabe auf die große verweisen zu dürfen, letzteres um so weniger, als mit der großen Ausgabe in ihrer bisherigen Einrichtung immerhin der Mißstand verbunden war, daß erst nach mehreren Jahren ein Gesammtband zum Abschluß gelangte, vorher also das Einbinden nicht möglich war. Die Verlagshandlung hat sich vielmehr, im Einverständniß mit dem Herrn Herausgeber, entschlossen, den nachstehend dargelegten Mittelweg einzuschlagen.

Das Archiv erscheint vom 31. Bande an nur in einer Ausgabe, welche auf das viel bessere Papier der großen Ausgabe in Lexikon-Format gedruckt wird. Die Größe des Schriftsatzes jeder einzelnen Seite ist aber so eingerichtet, daß derselbe das Format der bisherigen kleinen Ausgabe nur wenig überschreitet. Den dadurch entstehenden breiten Rand haben also die Besitzer der kleinen Ausgabe nur abschneiden zu lassen, um auch in Zukunft ein dem Formate der Bände I—XXX zwar nicht gleiches, aber doch sehr nahe kommendes Format zu haben. Die Besitzer der großen Ausgabe werden in der Lage sein, das bisherige Format sich ganz unverändert zu erhalten.

Die Hefte umfassen je 8 Bogen, welche genau den Inhalt von 10 bezw. 5 Bogen der bisherigen Ausgaben geben. Es werden aber in Zukunft nicht mehr drei, sondern vier Hefte à ℳ 2. 20. einen Band mit Register bilden. Auf diese Weise wird es möglich sein, das Material, obgleich es viel reichlicher geworden ist, alljährlich wieder in einem Bande zu liefern. Zugleich wird aber auch der oben erwähnte Mißstand bei der bisherigen großen Ausgabe für die Zukunft beseitigt sein.

In Rücksicht auf das veränderte Format, bezw. den Wegfall der Einrichtung der Gesammtbände, sodann in Rücksicht auf neu eintretende Abnehmer des Archivs wurde eine neue Folge des Archivs begonnen, jedoch in der Art, daß der Bandzahl der neuen Folge die Bandzahl der ganzen Reihe beigefügt wurde. Der Band, welcher hier vorliegt, trägt also die Bezeichnung: „Neue Folge V. Band Der ganzen Reihe 35. Band."

Die Verlagshandlung gibt sich der Hoffnung hin, daß die im Vorstehenden angezeigten Aenderungen in der Einrichtung des Archivs bei den Besitzern der Zeitschrift freundliche Aufnahme finden; sie ist sich bewußt, die Wünsche und Interessen der Besitzer beider Ausgaben thunlichst gewahrt zu haben.

München, December 1880.

Rechtsprechung
des
Deutschen Reichsgerichts
in
Strafsachen.

Herausgegeben von den
Mitgliedern der Reichsanwaltschaft.

Erscheint in Bänden à 24 Nummern à 2 Bogen. Preis pro Band ℳ 9. —.

Druck und Verlag von R. Oldenbourg in München und Leipzig.

J. A. Seuffert's

Archiv

für

Entscheidungen der obersten Gerichte

in den deutschen Staaten.

Neue Folge fünfter Band.

Der ganzen Reihe fünfunddreißigster Band.

Herausgegeben

von

H. F. Schütt.

München und Leipzig.
Druck und Verlag von R. Oldenbourg.
1880.

BODLEIAN
D
21NOV1955
LIBRARY

I. Civilrecht.

1. Statutencolliſion. Das örtliche Recht, welchem das Zahlungsgeſchäft unterliegt, entſcheidet auch über die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugs- bzw. Proceßzinſen.

Vgl. Bd. 6 Nr. 1.

Verſchiedene öſterreichiſche Bahnen wurden aus fälligen Zinscoupons, zahlbar theils in Berlin, theils in Frankfurt a. M., theils in München in dortigen Währungen, beim Handelsgericht in München auf Zahlung belangt und verurtheilt; der Klagantrag jedoch, ſie auch zur Zahlung von Verzugs- oder Proceßzinſen von den eingeklagten Zinsbeträgen zu verurtheilen, wurde unter Hinweis auf das Verbot des Anatocismus abgewieſen[1]), insbeſondere die Anwendung des öſterreichiſchen Geſetzes vom 14. Juni 1868, welches Proceßzinſen von Zinſen zuläßt, abgelehnt. Die vom Kläger verfolgte Nichtigkeitsbeſchwerde wurde höchſtrichterlich verworfen:

„Ob nicht dann, wenn es ſich um bedungene Zinseszinſen handelt, das genannte öſterr. Geſetz maßgebend wäre, kann dahingeſtellt bleiben; denn in vorliegender Sache handelt es ſich bloß um Verzugs- bzw. Proceßzinſen, für dieſen Fall aber erſcheint durch die vom Kläger getroffene Wahl der Erfüllung die Anwendung jenes Geſetzes ausgeſchloſſen. — Die Thatſache, daß der Kläger an den bezeichneten deutſchen Zahlſtellen Zahlung in deutſcher Währung forderte, hatte zur Folge, daß das Zahlungsgeſchäft in allen ſeinen Richtungen der Herrſchaft des bezüglichen deutſchen Rechtes unterworfen wurde; als zum Zahlungsgeſchäft gehörig iſt aber auch die Frage zu betrachten, ob und in welchem Maß der Schuldner deshalb, weil er mit der Zahlung im Rückſtande bleibt, Verzugs- bzw. Proceßzinſen zu zahlen verpflichtet ſei. Hieraus folgt, daß nicht jenes öſterr. Geſetz, ſondern

[1]) Vgl. Bd. 20 Nr. 59; Bd. 28 Nr. 162. — Im Art. 1 des bayeriſchen Geſetzes vom 5. Decbr. 1867, die Abänderung der geſetzlichen Beſtimmungen über die Zinſen betr., ſind „die in Beziehung auf vertragsmäßige Feſtſetzung der Verzinslichkeit verfallener Zinſen beſtehenden Verbote und Beſchränkungen“ aufgehoben. Vgl. dazu Sammlung der Entſch. des oberſten Gerichtshofes Bd. 1 S. 319 ff.

nur die an den betreffenden Zahlorten — Berlin, Frankfurt a. M. und München — geltenden Rechtsnormen zur Anwendung zu kommen hatten. Mit Unrecht beruft sich die Nichtigkeitsbeschwerde auf fr. 1 pr. de usur. et fruct. 22. 1; diese Vorschrift hat nicht den Sinn, es solle betreffs der Verzugszinsen unter allen Umständen nur das Gesetz des Orts, wo der Vertrag abgeschlossen ist, in Betracht kommen, selbst dann, wenn der Vertrag und dessen Vollzug unter der Herrschaft eines andern Gesetzes stehen. Vgl. fr. 22 i. f. de reb. cred. 12. 1 u. fr. ult. i. f. de cond. trit. 13. 3"

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 6. Decbr. 1878 in der bayr. Sache Handelsverein zu München w. Franz-Joseph-Bahn u. Gen. Entscheidungen Bd. 24 S. 388.

---

2. Beschlüsse der Organe einer eingetragenen Genossenschaft über die Bilanz (Abschreibungen auf Stammantheile) unterliegen nicht der Nachprüfung des Proceßrichters.

Vgl. Bd. 33 Nr. 281 u. d. dort. Nachw.

Der Vorstand des Mayener Creditvereins hat am 31. December 1876 beschlossen, wegen eines zweifelhaft gewordenen Guthabens an die in Fallimentszustand gerathene Düsseldorfer Gewerbebank die Summe von 47502 M. auf die Stammantheile abzuschreiben. Der mit 31. December 1876 ausgetretene Kläger forderte seinen Geschäftsantheil ohne Rücksicht auf diese Abschreibung, während der Beklagte nur den hiernach geminderten Antheil ausbezahlen wollte.

Das Urtheil des Handelsgerichts, welches dem Klagbegehren entsprochen, wurde aus folgenden Gründen cassirt:

„In Erwägung, daß . . . das austretende Mitglied einer Genossenschaft seinen Geschäftsantheil nur in dem Umfange zu fordern hat, wie er sich in Folge der zugeschriebenen Dividende und abgeschriebenen Verluste gestaltet und als Resultat der Geschäftsführung der Genossenschaft durch die Bücher nachgewiesen wird; daß aber sowohl nach dem Gesetz vom 4. Juli 1868 (§§ 10, 26, 28), wie auch nach dem Statut des beklagten Vereins die Errichtung des Inventars und Aufstellung der Bilanz, also auch die Abschreibung wegen erlittener Verluste Sache des Vorstandes und des Verwaltungsraths ist, welcher sodann der Generalversammlung hierüber Bericht zu erstatten hat; daß, weil demnach diese Organe zu entscheiden haben, wenn über die Beibringlichkeit einer ausstehenden Forderung Zweifel und die Frage entsteht, ob eine gänzliche oder theilweise Abschreibung geboten sei, es eine Verletzung des Gesetzes ist, wenn das Handelsgericht der vom Vorstand aufgestellten Schlußrechnung die Wirkung gegen die Mitglieder versagt und sich der von den hierzu berechtigten Organen beschlossenen Abschreibung gegenüber auf eine Erörterung darüber eingelassen hat, ob

der Düsseldorfer Gewerbebank ein Verlust zu befürchten oder ob ein
er durch gerichtliches Vorgehen abzuwenden war; daß der weitere
und der Verurtheilung, weil nämlich der Beschluß der Generalversammlung
nach dem Ausscheiden des Cassationsklägers gefaßt worden sei und
ihn nicht zurückwirken könne, deshalb nicht zutrifft, weil die General-
ammlung die Schlußrechnung nicht aufzustellen, sondern nur zu prüfen
e und weil der Natur der Sache nach die Berichterstattung an dieselbe
nach dem Schluß des Geschäftsjahres erfolgen konnte." . . .
Urtheil des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 1. Februar 1879 in einer
rheinischen Sache. Entscheidungen Bd. 24 S. 420.

Liegt in der Erwirkung eines Arrestschlags eine Besitzstörung durch den Arrestsucher?

Vgl. Bd. 27 Nr. 202 (lit. b) u. d. dort. Nachw.

„Der Appell.-Richter hält die erhobene Interventionsklage, so weit
: auf den juristischen Besitz des Klägers an den arrestirten Gegenständen
stützt ist, für begründet, weil die Verklagte diesen Besitz durch den auf
nen Antrag angelegten Arrest turbirt habe. Hierin irrt derselbe nach
rschiedenen Richtungen. Die Besitzstörungsklage (interdictum uti possi-
tis) setzt eine störende Handlung des Verklagten voraus (vgl.
Windscheid Pandekten § 159 Not. 1), oder doch die Handlung eines
Dritten (z. B. seines Mandatars oder Dieners), welche rechtlich als die
einige gilt (vgl. Seuffert Archiv Bd. 4 S. 228 und besonders fr. 1
. und §§ 12—20 de vi 43. 16). Die Arrestanlage und deren Aus-
rung ist aber eine amtliche Handlung des Richters, bzw. des
ecutors, und kann rechtlich nicht als Handlung des Antragstellers betrachtet
rden. Sie wird durch den Letztern nur veranlaßt; die Veranlassung einer
esitzstörung ist jedoch nicht die störende Handlung selbst und kann zwar
ter Umständen einen Entschädigungsanspruch, aber nicht die Besitzklage recht-
rtigen. Ob dies anders sei, wenn sich der Antragsteller in dolo befindet,
hier nicht zu untersuchen."
Erk. des Obertribunals zu Berlin (3. Sen.) v. 3. Februar 1879
i. S. Döhn w. Stuth (neuvorpommernsche Sache). Fenner u. Mecke
civilr. Entsch. Jahrg. 10 S. 55.

---

4. Heutige Anwendbarkeit der römischrechtlichen Bauvorschriften.

Vgl. Bd. 5 Nr. 107, 141; Bd. 7 Nr. 281; Bd. 32 Nr. 112; Bd. 34 Nr. 12.

In den Motiven eines Erk. des OAG. zu Jena vom 13. Mai 1841
gesagt:

Es ist nicht zu bezweifeln, daß die eigenthümlichen Bauvorschriften des röm. Rechts, insbesondere diejenigen Bestimmungen, wonach der Eigenthümer Anlagen sowie Anpflanzungen in seinem Eigenthum nur in bestimmten Entfernungen von der Grenze vornehmen sollte, in Deutschland nicht recipirt worden sind. Es ist insbesondere die const. 12 de aedificiis privatis 8. 10, welche unter anderen eben so unpraktischen Bestimmungen namentlich auch diejenige enthält, daß Gebäude zwölf Fuß von einander entfernt bleiben sollen, nicht glossirt. Sie gehört zu den sog. leges restitutae, welche erst, nachdem die Reception des röm. Rechts schon abgeschlossen war, durch spätere Herausgeber des Corpus iuris in dieses aufgenommen worden sind. Es ist ferner schon in den Gründen des vorigen Erkenntnisses überzeugend dargethan worden, daß auch der Inhalt des in dem fr. ult. finium regund. 10. 1 erwähnten Solonischen Gesetzes nicht zu dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte gezählt werden kann, wie dieses u. A. schon *Joh. Schilter* Praxis iuris Romani exercit. 20 § 60, *S. Stryk* Usus modern. Pandect. lib. X tit. 1 § 14, *Voetius* Comment. in Pandect. lib. X tit. 1 § 12 bezeugen. Es kann endlich nicht einmal angenommen werden, daß die in dem fr. ult. finium regund. erwähnten Bestimmungen als gemeines Recht für den ganzen Umfang des römischen Staates hingestellt worden seien, vielmehr sind diese Bestimmungen der Gesetzgebung Solons nur bei Gelegenheit von Grenzregulirungen als ein Beispiel der hierfür oft erheblichen Localrechte erwähnt worden, wie dieses schon von Stryck a. a. O. bemerkt worden und ausführlicher von *G. A. Rosen* Fragm. Gajani de iure confinium regundor. interpretat., Lemgo 1831, dargethan wird.

Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen u. Anhalt Bd. 13 S. 392. X.

---

5. Zur Servitutenersitzung ist der Wille erforderlich, ein Privatrecht auszuüben.

Vgl. Bd. 34 Nr. 282 u. d. dort. Nachw.

Das AG. nahm an, daß die Kläger die Wegeservitut durch Verjährung erworben haben, indem sie bereits vor 1830 einen damals vorhandenen, theilweise in anderer Richtung verlaufenden Fußsteig benutzt, dann bei Benutzung des angelegten Fahrwegs dasselbe Recht auszuüben gedacht, was sie am alten Fußsteig ausgeübt, und den Uebergang bis in die neueste Zeit zu dem Zwecke, um zu ihren Ländereien zu gelangen, benutzt hätten. Der Verklagte bemerkte hiergegen in der Nichtigkeitsinstanz, daß nicht schon durch die bloße Benutzung eines Weges, sondern nur durch die Benutzung in der Meinung, vermöge Privatrechts dazu befugt zu sein, eine Wegegerechtigkeit be- und ersessen werde und in der Benutzung eines Jedermann offen stehenden

leges die Ausübung des Besitzes einer Wegegerechtigkeit nicht enthalten i. — Das Obertribunal erkannte:

Richtig ist nur, daß nicht schon die bloße Benutzung eines Weges, ndern nur die Benutzung mit dem Willen, ein privates Recht auszuüben, n Besitz einer Wegegerechtigkeit begründet und daß nach der Meinung ler Rechtslehrer die Ersitzung durch den Mangel des guten Glaubens usgeschlossen wird. Aus dem Zusammenhang ergiebt sich aber, daß der ppell.-Richter unter dem Worte „Recht" ein den Klägern zustehendes oder ch von ihnen thatsächlich ausgeübtes privates Recht verstanden hat. Das ichtvorhandensein einer mala fides festzustellen war nicht erforderlich, da e Behauptung des fehlenden guten Glaubens Gegenstand der Einrede ist. er Umstand, daß der Besitzer eines Grundstücks einen über dasselbe hrenden Weg für Jedermann zugänglich macht, mag zwar im einzelnen alle Bedenken gegen die Annahme hervorrufen können, daß der Uebergang es Einzelnen mit dem Willen geschehen sei, dadurch ein Privatrecht aus- üben. Allein daß daneben eine Privatwegegerechtsame bestehen kann, giebt sich schon daraus, daß eine bereits vorher erworbene Servitut nicht adurch untergeht, daß der Besitzer des dienenden Grundstücks die Benutzung s Weges später jedem Dritten gestattet. Eben so wenig wird aber auch die ollendung einer im Lauf begriffenen Ersitzung durch eine derartige Handlung s Besitzers des dienenden Grundstücks ausgeschlossen.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 1. Mai 1879 i. S. Struve u. Off w. Maaß (holsteinsche Sache). (S.)

---

6. Außerordentliche Ersitzung findet auch bei Servituten Anwendung.

Vgl. Bd. 18 Nr. 212; Bd. 28 Nr. 17; Bd. 32 Nr. 108 u. d. dort. Nachw.

Die Klage nahm ein durch Ausübung innerhalb der Verjährungszeit rworbenes Ueberfahrtsrecht über ein fiscalisches Grundstück in Anspruch. as Kreisgericht hielt an Stelle der zehnjährigen Ersitzung, da es sich um en Erwerb gegenüber dem Fiscus handle, die außerordentliche dreißig- rige für zutreffend. Mit der Appellation suchte Kläger die zehnjährige usübung als genügend nachzuweisen, weil die dreißigjährige Präscription s Eigenthums auf einem Privilegium des Fiscus beruhe, welches nicht f Servituten ausgedehnt werden könne, und setzte seine Beschwerde auch die oberste Instanz fort, während Verklagter unter Bezugnahme auf ngerow Leitfaden I. § 351 Nr. 4 die Ansicht vertrat, daß bei Wegfall der ntlichen Ersitzung dem Fiscus gegenüber überhaupt keine Servituten- ung Platz greife.

Das Obertribunal verwarf beide Aufstellungen der Parteien:

L L. German
100
S. 496

verschiedene Natur oder ausdrückliche Gesetzesvorschrift dies ausschließt, auf die Servitutenersitzung Anwendung finden müssen[1]) und daß daher auch die Ergänzung der ordentlichen Ersitzung durch die außerordentliche bei usucapionsunfähigen Sachen in gleicher Weise, wie hinsichtlich des Eigenthums, auch hinsichtlich der Servituten anzuerkennen sei. Diese vom O. als in der Rechtsprechung zur Geltung gekommen erklärte Lösung der Controverse entspricht ebenso auch der heutzutage in der Rechtsliteratur herrschenden Ansicht[2]).

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 5. Juni 1879 i. S. Schmidt w. Fiscus (hessische Sache). (S.)

---

7. Ersitzung unständiger Hute bei theilweiser Verhinderung der Ausübung durch forstliche Culturen.

Vgl. Bd. 31 Nr. 120 u. d. dort. Nachw. (Auch Bd. 32 Nr. 210 und Bd. 34 Nr. 20.)

Die Kläger nehmen die Waldhute an drei Gemeindewaldungen für ihre Erbschäferei mit der Behauptung in Anspruch, daß sie durch ihre Schafhirten seit länger als 10, 20, 30, 40 Jahren, ja seit länger als Menschengedenken die gesammte Gemarkung der Gemeinde, insbesondere die Waldungen so oft und so lange behütet haben, als dieselben ihrem Bestande nach hutbar gewesen. Die beiden ersten Instanzen gehen davon aus, daß ein Huterecht der vorliegenden Art an einem Walde, welcher der Forstcultur unterliegt und nur zeitweilig eine Behütung gestattet, nicht in zehn Jahren ersessen werden könne. In oberster Instanz aber wurde erkannt:

Die Gerichte beider Instanzen sind der Meinung, daß, wenn auch regelmäßig Dienstbarkeiten unständiger Ausübung gleich anderen durch ordentliche Ersitzung innerhalb zehn Jahren ersessen werden, diese Rechtsregel doch bei solchen Waldhuteservituten keine Anwendung leide, welche die forstwirthschaftliche Behandlung des Waldes nicht ausschließen, vielmehr durch die aus forstlichen Rücksichten gebotene Cultur auf die jeweilig nicht in Hege gelegten Theile dieses Waldes beschränkt erscheinen. Dies ist irrig. Mit Unrecht glauben die Vorinstanzen die Grundlage für diese

[1]) z. B. bez. der absentia const. 12 de praescr. longi temp. 7. 33 i. f., der Unterbrechung Windscheid Pand. § 213 Nr. 2 a. E.

[2]) Schweppe röm. Privatr. 4. Aufl. II. S. 210; Mühlenbruch Pand. Aufl. 4 II. § 289 S. 171; Seuffert prakt. Pandektenr. I. § 175 Nr. 2 S. 235; Elvers Servitutenlehre S. 749; Brinz Pand. I. S. 277; Keller S. 355; Muther § 12; Sintenis prakt. Civilr. I. § 64 Not. 44; Glück Commentar IX. S. 147; Windscheid I. § 213 Nr. 5. (Vgl. jedoch Brinz Pand. Aufl. 2 § 197 Note 18.)

8. Umfang des Pfandrechts des Vermiethers an dem eingebrachten Hausrath.

Vgl. Bd. 4 Nr. 210. Auch Bd. 24 Nr. 194; Bd 27 Nr. 101; Bd. 28 Nr. 108.

Die Klägerin, welche Anerkennung ihres Vorzugsrechtes an einem Executionspfande vor dem Pfandrechte des Verklagten an den Illaten und Invecten begehrte, wurde abgewiesen, weil letzteres von der Illation datire und darum älter sei. Sie machte dagegen in oberster Instanz geltend, daß der Gegenstand des Pfandrechts des Verklagten täglich wechselnde Sachen, wie bei einem Waarenlager, seien, dasselbe also der Veräußerung einzelner Sachen, hier ihres Executionspfandes, nicht entgegenstehe und des Verklagten Widerspruchsrecht nicht weiter gehe, als sein durch die übrigen Illaten vollständig gedecktes Interesse.

Das Rechtsmittel wurde verworfen; „denn die Natur dieses Pfandrechtes führt nicht zur freien Veräußerlichkeit der demselben unterworfenen einzelnen Bestandtheile, eine Veräußerung mit der Wirkung des Ausscheidens aus dem Pfand- und Retentionsnexus würde in Beziehung auf einen einzelnen Gegenstand nur unter der auch für das Generalpfandrecht maßgebenden Voraussetzung anzuerkennen sein, daß die Nothwendigkeit freier Veräußerlichkeit aus der Zweckbestimmung der Sache sich ergäbe."

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 9. Januar 1879 i. S. Meyer Ehefrau w. Schäfer (hessische Sache). (S.)

---

9. Einrede der Compensation, gegenüber der Pfandklage.

Vgl. Bd. 14 Nr. 20.

Bei der accessorischen Natur des Pfandrechts erlischt das letztere durch jede Tilgung der durch das Pfandrecht geschützten Obligation in gleichem Umfange, und wie in jeder Geltendmachung des Pfandrechts wider den dritten Besitzer implicite auch eine Geltendmachung des persönlichen Anspruchs liegt, so kann der dritte Pfandbesitzer, wie er unbezweifelt befugt ist, durch Bezahlung der Forderung die Pfandklage zu elidiren, so auch durch Compensation nicht gegen den dinglichen Anspruch, wohl aber gegen den diesem zu Grunde liegenden Anspruch der Pfandklage sich vertheidigen.

Erk. des OAG. zu Celle v. 25. Februar 1865. Entscheidungen dieses Tribunals Jahrg. 7 S. 55. X.

---

mnis causa und als unabhängig von entstandener Mora stets anerkannt, ohne in dieser Beziehung (denn die in der braunschw. Zeitschrift f. Rechtspflege XIII. S. 176 ff. abgedruckten Erkenntnisse stehen nicht entgegen) einen Unterschied zu machen. . . .

Ein anderer von dem angefochtenen Erkenntniß angeführter Grund, nach welchem die neben dem Schadensersatze eintretende „Genugthuung" eine Strafe sein soll, bei Strafen aber Zinsen nicht gefordert werden dürfen, erledigt sich damit, daß die dafür citirte c. 1 de fiscal. usur. 10. 8 nur von fiscalischen Geldstrafen spricht:

v. Madai die Lehre v. d. Mora S. 380 f.; Mommsen a. a. O. S. 243, 252; Kniep a. a. O. II. S. 180 ff.,

und keine Ausdehnung leidet, insbesondere nicht auf die geklagte Genugthuung, mag dieser Anspruch als Privatstrafe oder, wie z. B. Stobbe deutsches Privatrecht III. § 203 S. 420 annimmt, als „Entschädigung für das Unbehagen der Freiheitsentziehung", also als Ersatzklage aufzufassen sein; wie denn auch gerade das in dem angefochtenen Erkenntniß ferner citirte fr. 9 de magistrat. conven. 27. 8 eher gegen als für eine analoge Ausdehnung jener Gesetzesstelle spricht. . . .

Die Höhe dieser Proceßzinsen anlangend, so sollen dieselben an und für sich dem landesüblichen Zinsfuße entsprechen; doch sind auch neuerdings, so viel bekannt, immer 5 % zugesprochen worden, und liegt ein Grund der Herabsetzung nicht vor, da ein dauerndes Heruntergehen des landesüblichen Zinsfußes, etwa auf 4 %, für jetzt nicht wohl angenommen werden kann."

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 24. Juni 1879 i. S. Ehlers w. Vogel v. Falkenstein, wegen Entschädigung. (D.)

II. Das Verbot des Anatocismus trifft auch die gesetzlichen Zinsen. Auch unter dem Titel einer Entschädigung können Zinseszinsen nicht verlangt werden.

Höchstrichterlich wurde ausgesprochen:

Das Verbot des Anatocismus, wie es durch das röm. Recht aufgestellt . . . ist, trifft allgemein nicht bloß das Ausbedingen, sondern das Nehmen von Zinseszinsen, steht also insbesondere auch dem Nehmen und Zusprechen von Verzugs- oder Proceßzinsen entgegen, ja erstreckt sich sogar nach der ausdrücklichen Bestimmung in const. 3 de usur. rei iud. 7. 54 auch auf die Judicatzinsen. . . . Es kann nicht statthaft sein, jenes Verbot dadurch gegenstandslos zu machen, daß man die Zinseszinsen als Entschädigung, als Vergütung für Nichtgenuß der Zinsen bezeichnet; vielmehr ist klar, daß es im Sinne des Gesetzes unerlaubt sein soll, für den bloßen Entgang des Genusses der Zinsen eine Vergütung überhaupt zu fordern, in gleicher

Weise, wie es früher unerlaubt war, für den bloßen Entgang eines Kapitals höhere als die gesetzlich normirte Zinsvergütung zu verlangen. . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 6. Decbr. 1878 in d. bayr. Sache Handelsverein zu München w. Franz-Joseph-Bahn u. Gen. Entscheidungen Bd. 24 S. 388. Vgl. Erk. des obersten Gerichtshofs zu München v. 21. Oct. 1871 in der Samml. Bd. 1 S. 319 ff.

---

12. Die Klagerhebung als solche giebt keinen Entschädigungsanspruch gegen den abgewiesenen Kläger wegen inzwischen eingetretener Verschlechterungen des Proceßobjects, namentlich nicht im Wege der aquilischen Klage*. — Haftung für gemischten Zufall**.

*Vgl. Bd. 8 Nr. 102; Bd. 27 Nr. 75; Bd. 29 Nr. 26 u. d. dort. Nachw. — **Vgl. Bd. 13 Nr. 28, 150; Bd. 15 Nr. 208.

Der Commissionär Sp. ließ im August 1875 dem S. wegen einer gegen denselben ausgeklagten Wechselforderung im Wege der Zwangsvollstreckung 3 Pferde abpfänden. Darauf erhob G. im Wege der Hauptintervention gegen Sp. eine Klage auf Freilassung der Pferde aus der Pfändung mit der Behauptung, daß er, G., mittelst Vertrags vom 20. Juni 1875 die fraglichen Pferde von dem Eigenthümer derselben, dem Schuldner S., zu Eigenthum erworben, auch tradirt erhalten habe. In Folge dieser Intervention sistirte der mit der Zwangsvollstreckung beauftragte Gerichtsvoigt den Verkauf der Pferde und übergab dieselben für Rechnung des pfändenden Gläubigers Sp. dem Gastwirth T. zu einstweiliger Aufbewahrung und zur Fütterung. Der Intervention des G. wurde in 1. Instanz stattgegeben, das Berufungsgericht aber wies mittelst Urtheils vom 14. Juli 1877 die Intervention als unbegründet zurück.

Während des Interventionsprocesses waren die Pferde crepirt, und nunmehr klagte Sp., gestützt auf die rechtskräftige Abweisung der Intervention, gegen G. auf Ersatz aller durch diese Intervention ihm erwachsenen Schäden. Als solche liquidirte er, unter Berufung darauf, daß sein Schuldner S. zahlungsunfähig sei, den Betrag seiner Wechselforderung nebst Zinsen und Pfändungskosten und ferner die Summe von 1027 M., welche er, der Kläger Sp., in Folge der Intervention für die Unterhaltung und Wartung der Pferde an den Gastwirth T. habe zahlen müssen.

Das erstinstanzliche Urtheil, welches den Beklagten G. ohne Weiteres klaggemäß verurtheilte, ward aus folgenden Gründen aufgehoben:

Die erhobene Klage erachten die vorigen Richter um deswillen für rechtlich begründet, weil eine Intervention, als ein wissentlich gegen die Ausübung eines fremden Rechts gerichteter Angriff, nur auf Gefahr des Intervenienten ergehen könne, Letzterer also, einerlei, ob er in bösem oder in gutem Glauben handelte, dem obsiegenden Interventen alle demselben

aus der Intervention entstandenen Schäden zu ersetzen habe. Dieser Satz entbehrt, in solcher Allgemeinheit hingestellt, aller rechtlichen Begründung. Derselbe würde, da kein Grund ersichtlich, eine interveniendo erhobene Vindication in dieser Beziehung anders wie jede sonstige Vindication zu beurtheilen, dahin führen, daß *jeder* Vindicant allein schon in Folge der Thatsache, daß seine Klage in letzter Instanz, möglicherweise durch den Ausfall der richterlichen Beurtheilung einer controversen Rechtsfrage oder intricater factischer Verhältnisse, rechtskräftig abgewiesen ist, dem Beklagten für den gesammten, selbst den zufälligen, Schaden aufzukommen hätte, der dem Beklagten, z. B. durch casuelle, während des Processes eingetretene Werthverminderung des litigiös und damit unveräußerlich gewordenen Streitobjects, erwachsen wäre. Wie eine dahin gehende Bestimmung, welche augenfällig für den ganzen Proceßverkehr von der schwerwiegendsten Bedeutung sein würde, in den bestehenden Rechten, insbesondere in der Lehre von den Wirkungen der Litiscontestation, sich nicht findet, so tritt andrerseits jene Annahme des Obergerichts mit anerkannten Rechtssätzen in geraden Widerspruch. Die Verpflichtung, *das gesammte Interesse* zu ersetzen, supponirt *der Regel nach* dolus, culpa oder mora des Verpflichteten als die Ursache des eingetretenen Schadens (*Mühlenbruch* Pandekten § 366; v. *Vangerow* Lehrbuch III. § 571 Anm. 3; *Mommsen* Beiträge zum Obligationenrecht Abth. 2 S. 61 f.), und unter den positiven Bestimmungen, nach denen, hiervon abgesehen, auch in anderen Fällen das ganze Interesse zu prästiren ist, kommt der Fall der Erhebung einer demnächst rechtskräftig abgewiesenen Vindication oder sonstigen Klage nicht vor. Es kann aber überhaupt die Verfolgung eines Anspruchs im Wege des Processes als etwas an sich Widerrechtliches nicht betrachtet werden, was sich auch darin zeigt, daß unterliegende Streitgenossen nach richtiger Theorie nicht solidarisch, etwa als socii delicti, zum Ersatze der Proceßkosten zu verurtheilen sind (*Wetzell* System § 46 Not. 69[b]; *Seuffert* Archiv Bd. 8 Nr. 102). Ferner findet zur Erlangung derjenigen Accessionen, quae officio iudicis praestantur, *überall keine* besondere Klage statt, insbesondere nicht auf Erstattung von Proceßkosten, welche in dem rechtskräftigen Endurtheil der obsiegenden Partei nicht zuerkannt sind (const. 3 de fruct. 7. 51); gleichwohl bildet *dieser* Nachtheil, der Verlust der Proceßkosten, zu deren Aufwendung der abgewiesene Kläger den Beklagten genöthigt hat, einen directen und unmittelbaren Schaden, der dem Beklagten durch die rechtskräftig für grundlos erkannte Klagerhebung erwachsen ist, und daher müßte dem obsiegenden Beklagten eine Klage auf Ersatz dieses Schadens nach jener Ansicht, wonach eine Intervention oder Klage auf Gefahr des Klägers ergehen soll, zum Allermindesten zugesprochen werden, während ihm doch eine Klage dieserhalb versagt ist. Selbst im Arrestprocesse steht es noch sehr dahin, ob der Impetrant, sollte auch der Arrest

ausdrücklich auf ſeine Gefahr erkannt ſein, darum allein ſchon, weil er demnächſt in der Hauptſache unterliegt, den Impetraten wegen aller demſelben durch die Arreſtanlage erwachſenen Nachtheile zu entſchädigen habe (Bayer Theorie der ſummariſchen Proceſſe §. 29). Endlich würde es, wenn man jener Theorie des erſtinſtanzlichen Gerichts beizupflichten hätte, offenbar an allen Gründen fehlen, den Beklagten in dieſer Beziehung anders, nämlich günſtiger, als den Kläger zu behandeln, m. a. W. es müßte auch der rechtskräftig für grundlos erkannte Widerſpruch des verurtheilten Beklagten gegen eine erhobene Vindication auf Gefahr des Beklagten ergangen ſein und dieſen ohne Weiteres für das geſammte Intereſſe erſatzpflichtig machen, da ja in jenem Widerſpruche des Beklagten ohne Zweifel ein wiſſentliches Vorgehen gegen die Ausübung des klägeriſchen Rechts auf den Beſitz der Sache zu befinden iſt; allein bekannte Geſetze beſtimmen das Gegentheil, indem ſie für die Haftungspflicht des unterliegenden Beklagten zwiſchen dem bonae und dem malae fidei possessor erheblich unterſcheiden, namentlich für die Gefahr des casus den bonae fidei possessor nicht einmal für die Zeit nach der Litiscontestation verantwortlich machen. (Vgl. auch fr. 40 pr. de H. P. 5. 3.)

Die Anſicht des Klägers, daß ihm hier eine dingliche, der negatoria actio des Pfandgläubigers nachgebildete Klage zur Verfolgung des geforderten Schadenserſatzes zuſtehe, iſt ſchon nach den Beſtimmungen der §§ 1, 6, 43, 61 des (hannoverſchen) Geſetzes vom 14. December 1864 unhaltbar, wonach die geſetzlichen und prätoriſchen Pfandrechte des gemeinen Rechts hinweggefallen ſind und eine im Wege der Zwangsvollſtreckung geſchehene Pfändung nur noch — was im vorliegenden Falle nicht intereſſirt — ein Vorzugsrecht im Concurſe begründet. Aber ſelbſt nach gemeinem Rechte hätte ein Pfandrecht des Klägers an den gepfändeten Pferden mit dem lange vor der Klagerhebung erfolgten Tode derſelben und folgeweiſe Untergange des Pfandobjects ein Ende genommen und keiner dinglichen Klage mehr zum Grunde gelegt werden können.

Die ferner vom Kläger in Bezug genommene allgemeine Injurienklage iſt, wie die Injurienklage überhaupt, eine höchſtperſönliche Strafklage, nicht eine Klage auf Schadenserſatz, überdies auf denjenigen Sachverhalt, den das angefochtene Urtheil für genügend zur Rechtfertigung der Klage erachtet, gar nicht zu gründen, weil ſie bewußtes Unrecht, welches dem Beklagten zur Laſt zu legen, vorausſetzt, wie ſolches darin allein noch nicht gefunden werden kann, daß Jemand als Intervenient einen Proceß verloren hat. Im vorliegenden Falle ſteht aus dieſem Unterliegen des Beklagten in dem voraufgegangenen Interventionsproceſſe nicht einmal eine *culpa* des Beklagten in Erhebung deſſelben zu folgern; denn davon, daß dem Beklagten, wie in den Klaganträgen geſagt iſt, ein Rechtsirrthum zur Laſt falle, weil er den Ausfall des in dem Interventionsproceſſe geſprochenen

Aberkenntnisses vom 14. Juli 1877 nicht vorhergesehen, kann nicht die
ede sein (vgl. v. Savigny Obligationenrecht II. S. 254 ff. über die
Bedeutung der sog. iusta causa bei der Tradition).

Schon der gleiche Grund schließt die Zulassung einer actio legis Aquiliae
utilis oder in factum) hier aus; dem tritt aber noch hinzu, daß eine so
schrankenlose Ausdehnung dieser Klage auf jede culpose Vermögensbeein-
trächtigung, auch ohne alle Rücksicht auf schadenbringende Handlungen in
Beziehung auf körperliche Sachen, wie sie hier und da in der
neueren Rechtsprechung angenommen ist, den bestehenden Rechten nach nicht
gebilligt werden kann. Der Schlußsatz im § 16 J. de lege Aquilia 4. 3
legt schon durch das hinzugefügte Beispiel: veluti si quis misericordia
ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret, die Annahme
nahe, daß in den dort voraufgehenden Worten „neque corpus laesum
fuerit" der Nachdruck nicht auf „corpus", sondern auf „laesum" zu legen
ist, und aus fr. 33 § 1 ad leg. Aquil. 9. 2 ist nur so viel zu entnehmen,
daß wegen Beschädigungen, welche unter den Inhalt der lex Aquilia selbst
nicht fallen (occidere, frangere, urere, rumpere), zur Ergänzung dieses
Gesetzes eine in factum actio gegeben wird, selbstverständlich unter den
Beschränkungen, welche aus der sonstigen Theorie dieser ganzen Klage wegen
culposer Schadenszufügung sich ergeben, wie diese Theorie in den Quellen
unter Vorführung einer reichen, nach der entgegengesetzten Ansicht völlig
überflüssigen Casuistik entwickelt ist. Nicht minder unerklärlich würde es
bei uneingeschränkter Generalisirung dieser Klage bleiben, wie es im röm.
Rechte der Aufstellung und Regulirung solcher besonderen Specialklagen,
denen eine nicht auf körperliche Sachen bezügliche culpose Vermögens-
schädigung zum Grunde liegt, z. B. der Klage gegen den Richter, qui litem
suam fecit, noch hätte bedürfen können, und andrerseits bliebe für die
subsidiäre actio doli, wenn deren Zweck durchweg mit der actio legis
Aquiliae sich erreichen ließe, überall kein Raum. (v. Vangerow Pandekten
III. § 681 Anm. 1 sub II. 3; Keller Pandekten § 356 i. f. S. 682 f.;
Seuffert Archiv Bd. 29 Nr. 26.)

Nach dem Bisherigen würde die hier erhobene Klage als unbegründet
überhaupt abzuweisen sein, hätte nicht der Kläger schon in 1. Instanz
eventuell die thatsächlichen Behauptungen wiederholt, welche er in dem
Interventionsprocesse darüber aufgestellt hat, daß der Erwerb der nachmals
gepfändeten Pferde seitens des Beklagten einer paulianischen Anfechtung
unterliege. Denn wenn der Beklagte durch ein von ihm zur Beeinträchtigung
des Klägers unternommenes fraudulöses Geschäft die Pferde an sich gebracht
hatte, so ist auch die spätere Ausnutzung dieser seiner fraus, welche er
insbesondere durch Erhebung seiner Intervention auf Grund des fraglichen
Erwerbs bethätigt hat, als eine wissentliche und absichtliche Kränkung der
Rechte des Klägers zu bezeichnen und dieserhalb eine actio doli des Letztern

auf Ersatz aller dadurch erlittenen Schäden begründet, wobei es auch keinen Unterschied machen kann, daß etwa der Beklagte das Eigenthum der Pferde, mithin ein Recht zur Vindication derselben an sich, immerhin erworben haben mochte, sobald dieser seiner Klage, wie ihm bekannt, eine durch sein fraudulöses Verfahren erzeugte, auf Rescission seines Erwerbs gerichtete Einrede entgegenstand. . . .

Sodann unterliegt es keinem Zweifel, daß der Beklagte, falls er auf Grund eines paulianisch zu rescindirenden Erwerbs seine Intervention erhoben hat, auch für die Folgen des nachmals casuell eingetretenen Todes der Pferde dem Kläger aufkommen muß, gleichviel, ob Beklagter bei Anstellung der Intervention die Gefahr, daß die Pferde während des Interventionsprocesses crepiren konnten, vorherzusehen vermochte oder nicht. Denn der Urheber einer culposen oder gar dolosen Handlung haftet nicht bloß für den aus derselben unmittelbar entstandenen, sondern auch für den Schaden, welcher durch mitwirkende, wenngleich unabhängig von jener seiner Handlung eingetretene, Thatsachen entstanden ist.

Fr. 18 pr. commod. 13. 6; fr. 11 § 4 locati 19. 2; Mommsen a. a. O. S. 143 f.; Seuffert Archiv Bd. 13 Nr. 28, 150; Bd. 15 Nr. 208.

Zwar möchten die Pferde immerhin auch ohne die Intervention so, wie geschehen, zu Tode gekommen sein, aber es wäre in ihnen dann nicht ein dem Kläger gebührendes, noch nicht ausgenutztes Executionsobject zu Grunde gegangen, dessen rechtzeitige Verwendung zur Befriedigung des Klägers jedenfalls durch jene Intervention verhindert worden ist. . . .

Urtheil des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 18. April 1879 i. S. Graven w. Specht wegen Schadensersatzes. (W.)

---

13. Wirkung einer von einem Dritten erlangten Beschlagnahme einer Forderung auf das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner*; Mahnung nach erfolgter Beschlagnahme bewirkt keinen Verzug. — Dies interpellat pro homine**. Verzinsung von Abfindungen.

*Vgl. Bd. 18 Nr. 71 u. d. dort. Nachw. S. auch Bd. 6 Nr. 117; Bd. 10 Nr. 323; Bd. 18 Nr. 306. — **Vgl. Bd. 1 Nr. 332; Bd. 6 Nr. 163; Bd. 10 Nr. 144; Bd. 28 Nr. 114; Bd. 31 Nr. 20.

„In dem Hofverlaßcontracte vom 11. Juli 1873, in welchem die Abfindung des Klägers auf 850 Thlr. festgestellt war, wurde zugleich ausgemacht, daß dieselbe vom Hofsannehmer, dem Beklagten, binnen 2 Jahren gezahlt werden solle. In dem 1. Erkenntnisse ist rechtskräftig festgestellt, daß in Folge geschehener Mahnung dem Kläger bereits vom 11. Juli 1875 an Verzugszinsen zukommen. Doch ist dieser Anspruch für die Zei

vom 11. Juli 1875 bis 14. Februar 1877 wegen eines Betrages von 924 ℳ. für ausgeschlossen erklärt, weil während derselben dieser letztere Betrag in Folge gerichtlicher Verfügung bei dem Beklagten mit Arrest bestrickt gewesen sei.

Das angefochtene Erkenntniß hat die vom Kläger gegen diese Beschränkung der Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von Verzugszinsen gerichtete Beschwerde im Wesentlichen aus dem Grunde verworfen, weil es sich um Verzugszinsen handle, deren Grund rechtswidrige Verzögerung der Leistung sei, von einer solchen aber nicht die Rede sein könne, wenn der Schuldner zufolge gerichtlicher Arrestanlage nicht zahlen dürfe. Dieser Entscheidung kann nur beigetreten werden.

Zunächst handelt es sich nicht um Conventional- oder gesetzliche Zinsen, sondern um Verzugszinsen. Von Conventionalzinsen ist keine Rede; aber auch nicht von gesetzlichen Zinsen; denn der früher wohl arg. fr. 13 § 20 de act. E. et V. 19. 1 angenommene Satz, daß Abfindungen von der Fälligkeit an mit landesüblichen Zinsen verzinst werden müßten, ist seit längerer Zeit von der Praxis aufgegeben worden. Auch ist die in dieser Instanz vom Kläger aufgestellte Behauptung, daß auf die contractliche Zusage vom 11. Juli 1873, binnen 2 Jahren die Abfindung zahlen zu wollen, die Rechtsregel dies interpellat pro homine anwendbar sei, mithin der Beklagte vom Tage der Fälligkeit an auch ohne Anmahnung in mora gewesen sei, nicht zu billigen[1]). Das in dieser Beziehung rechtskräftig gewordene 1. Erkenntniß hat daher auch nur deshalb Verzugszinsen seit dem Fälligkeitstage zugesprochen, weil um diese Zeit liquidermaßen eine Anmahnung erfolgt sei.

Sodann ist, bevor der jetzige Beklagte durch Interpellation in Verzug versetzt war, durch Decret vom 4. Juni 1875 die geklagte Abfindung wegen einer ausgeklagten Schuld des jetzigen Klägers zum Betrage von 924 ℳ. mit Arrest belegt und dabei dem Letzteren jede Einziehung und Veräußerung des gedachten Betrags bei Strafe der Nichtigkeit und des Betrugs untersagt, dem Ersteren aber bei Strafe doppelter Zahlung aufgegeben, jenen Betrag nicht an den Kläger herauszuzahlen, sondern bis auf Weiteres innezubehalten.

Trotz dieser Sachlage wird vom Kläger die Ansicht vertreten, daß der am 11. Juli 1875 eingetretene Verzug des Beklagten auch die arrestirten 924 ℳ. erfaßt habe, und der Beklagte diesem nur durch gerichtliche Deposition habe entgehen können.

Richtig ist, daß durch die Arrestanlage auf eine Forderung das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner nur so weit berührt

---

[1]) Bezugnahme auf Seuffert Archiv Bd. 28 Nr. 114, Bd. 31 Nr. 20; Erk. des OG. (1. Sen.) zu Wolfenbüttel v. 14. März 1879 i. S. Schünemann w. Schünemann, wegen Abfindung.

wird, als das Verbot der Zahlung an den Gläubiger bzw. das Gebot der Innebehaltung (zum Zweck eventueller Zahlung an den Arrestkläger) reicht Eine bereits entstandene Verpflichtung zur Verzinsung des geschuldeten Kapitals besteht daher fort, gleichviel ob die Zinsen wie bisher an den Gläubiger oder in Folge des Arrestes an den Arrest-Impetranten zu zahlen sind, und dieser Verpflichtung kann der Schuldner, sobald die Schuld fällig wird, sich nur dadurch entziehen, daß er zum gerichtlichen deposito zahlt.

S. Gebr. Oberbeck Meditat. I. Nr. 23 S. 144 ff.; Weber Versuche S. 261 f.; Bayer summar. Proc. § 28 Not. 2; v. Holzschuher Theorie u. Casuistik 2. Ausg. Bd. 3 S. 56 Nr. 14 vgl. mit S. 51.

Allein die Frage, ob nach angelegtem Arreste durch Interpellation ein Anspruch auf Verzugszinsen entstehen könne, muß entschieden verneint werden. Dies folgt schon daraus, daß der Gläubiger, dessen Forderung bei seinem Schuldner mit Arrest belegt und dem jede Verfügung über dieses Vermögensobject bei Strafe der Nichtigkeit und des Betrugs untersagt ist, sich überhaupt nicht in der Lage befindet, mit Rechtswirkung Zahlung — an seine eigene Person — anzufordern; wirksam mahnen kann nur, wer wirksam Zahlung in Empfang nehmen kann; er steht in so weit solchen Personen gleich, welche entweder überhaupt dispositionsunfähig (Unmündige, Geisteskranke ꝛc.) oder dies doch, wie Cridare, in Bezug auf eine bestimmte Vermögenssphäre sind. Hierin stimmen alle Schriftsteller über Mora überein (v. Madai S. 52; Wolff S. 269; Mommsen S. 51; Kniep I. S. 166 f.). Aber auch abgesehen von der Unwirksamkeit der Mahnung an sich darf der gemahnte Schuldner, der einer der Mahnung vorausgegangenen gerichtlichen Auflage zufolge an seinen Gläubiger nicht zahlen darf, mit gutem Grunde auf eine zeitweilig eingetretene rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung sich berufen (s. statt aller sonstigen Citate Windscheid Pand. II. § 277 Nr. 4 vgl. mit § 280 Nr. 2). Die wenigen Schriftsteller, welche sich mit der speciellen Frage beschäftigt haben, ob der Schuldner nach geschehener Arrestanlage Verzugszinsen zu zahlen habe, verneinen dieselbe daher auch einmüthig.

S. Struben rechtl. Bedenken IV, 102 (ed. Spangenberg III, 763 S. 418 ff.); Gebr. Oberbeck a. a. O. I. S. 145, IV. Nr. 224 S. 164 ff. u. d. dort. Cit.; v. Holzschuher a. a. O.; vgl. auch fr. 8 de lege commissor. 18. 3, wo auf die geschehene Arrestanlage das Hauptgewicht zu legen ist.

Dabei ist es denn auch unklar geblieben, inwiefern eine Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen auf die arrestirte Summe von dem Kläger daraus hat hergeleitet werden sollen, daß der Beklagte den mit Beschlag belegten Betrag auf zur Zeit der Fälligkeit erfolgte Mahnung nicht gerichtlich deponirt habe. Denn ohne Weiteres kann offenbar nur von einer Berechtigung desselben, sich durch Deposition der fälligen Schuld zu liberiren die Rede sein, keineswegs aber von einer Verpflichtung dazu, um

weniger, als die gerichtliche Auflage auf Innebehaltung der beschlagnahmten Summe lautete. . . .

Nur darin ist dem Kläger Recht zu geben, daß der Gläubiger, dessen Forderung bei seinem Schuldner mit Arrest belegt ist, unter Umständen, insbesondere bei drohendem Vermögensverfall desselben, dringende Gründe haben kann, zu seiner Sicherheit auch während schwebenden Arrestes die Einzahlung zum gerichtlichen Depositum zu verlangen, und daß ihm, bei der beschränkten Wirkung des Arrestschlags auf das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner, eine hierauf gerichtete Klage nicht zu versagen ist.

Vgl. Seuffert Archiv Bd. 1 Nr. 388, Bd. 18 Nr. 71; vgl. Bd. 13 Nr. 92, Bd. 14 Nr. 81.

Allein es ist vom Kläger nicht einmal die Behauptung aufgestellt, daß er an den Beklagten ein solches Ansinnen gestellt habe, und es interessirt daher nicht weiter, zu untersuchen, ob die rechtswidrige Unterlassung einer in solchem Falle verlangten gerichtlichen Deposition zu dem Anspruche gerade auf Verzugszinsen berechtige." . . .

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 10. Juni 1879 i. S. Meyer w. Meyer, wegen Abfindung. (D.)

---

14. Das Recht zu einseitiger Vertragsaufhebung wegen Verzugs des Mitcontrahenten folgt noch nicht aus der Zahlungsunfähigkeit des Letztern.

Vgl. Bd. 24 Nr. 228; Bd. 31 Nr. 126; Bd. 33 Nr. 294 u. d. dort. Nachw.

In einem zwischen T., als Verkäufer, und F., als Käufer, über das Wohnhaus des T. nebst Zubehör am 1. Mai 1876 abgeschlossenen Kaufcontracte war bestimmt, das Grundstück solle am 1. Juli 1876 abgetreten und der zu 27000 M. vereinbarte Kaufpreis auf folgende Art bezahlt werden: außer einer vom Käufer sofort geleisteten baaren Anzahlung von 1500 M. sollte derselbe fernere 1500 M. bei der Abtretung des Grundstücks, sodann am 1. Januar und am 1. Juli 1877 je 750 M. gegen ausgestellte Wechsel bezahlen, zum Betrage von 21000 M. die auf dem Kaufobjecte hypothekarisch lastenden Schulden übernehmen und den Rest von 1500 M. gegen halbjährige Kündigung verzinslich creditirt erhalten. Der Käufer F. bezahlte weder die bei der Abtretung am 1. Juli 1876 fälligen 1500 M., weshalb es auch zur Abtretung des Grundstücks gar nicht kam, noch löste er den über die erste Rate von 750 M. auf den 1. Januar 1877 ausgestellten Wechsel ein. Diesen Wechsel klagte T. gegen ihn aus; es ergab aber die hierserhalb eingeleitete Zwangsvollstreckung, daß F. völlig vermögenslos und unpfandbar war. Nunmehr erhob T. gegen ihn Klage mit dem Antrage, den geschlossenen Kaufcontract aufzuheben und für den Kläger für unver-

bindlich zu erklären, indem er geltend machte, daß er unter den vorliegenden Umständen ein offensichtliches Interesse an solcher Aufhebung des Contracts habe, indem er beim Fortbestande desselben an jeder Disposition über das Grundstück behindert werde, während der Beklagte nicht im Stande sei, den Kaufcontract zu erfüllen. Das Gericht 1. Instanz gab der Klage ohne Weiteres statt; abweichend erkannte das Berufungsgericht.

Gründe: Die principale Beschwerde des Beklagten ist als erheblich anzuerkennen. Daß von der allgemeinen Regel, nach welcher die mora des einen Contrahenten dem andern nicht das Recht giebt, von dem Vertrage zurückzutreten (const. 8 de contr. emt. 4. 38; const. 14 de rescind. vend. 4. 44), im vorliegenden Falle eine Ausnahme eintreten müsse, ist aus der Sachlage, ja aus der eigenen Darstellung des Klägers selbst, jedenfalls nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit ersichtlich. Das vom Kläger allegirte fr. 36 § 2 de usufructu 7. 1 enthält nur das allgemeine Princip, daß die mora des Schuldners denselben zur Leistung des gesammten Interesses verpflichtet. Anlangend aber das von den Vorderrichtern angezogene fr. 24 § 4 loc. 19. 2, so fehlt es zwar an allen Gründen, das Princip, welches der in dieser Stelle ausgesprochenen Entscheidung zum Grunde liegt, auf das Pachtverhältniß zu beschränken; allein dieses Princip geht eben nur dahin, daß der Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen dann von dem Vertrage zurückzutreten befugt ist, wenn er an der Erfüllung desselben, an der Leistung des Schuldners, in Folge der mora des Letztern kein Interesse mehr hat, wenn der Zweck, welchen der Gläubiger durch den Gegenstand der Obligation erreichen wollte und den er bei rechtzeitiger Leistung hätte erreichen können, durch die mora des Schuldners vereitelt ist, oder wenn der Gläubiger, durch die mora des Schuldners veranlaßt, einen andern Weg zur Erreichung des Zwecks eingeschlagen hat, so daß ihm der Gegenstand der Obligation jetzt nutzlos ist.

Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht Abth. 3 S. 257 f.; Glück Commentar IV. S. 417; Seuffert Pandektenrecht Bd. 2 §. 246; Windscheid Pandekten §. 280 Anm. 1.

Ein Fall dieser Art liegt hier nicht vor, da nicht ersichtlich, nicht einmal vom Kläger etwas darüber behauptet ist, daß der Gegenstand der beklagtischen Vertragsleistungen, mit denen der Beklagte in Verzug gerathen ist, nämlich die Zahlung der rückständigen Kaufgeldsraten, falls dieselben etwa dem Kläger vom Beklagten nachträglich angeboten werden sollten, für ihn, den Kläger, keinen Werth oder doch nicht den bei dem Vertragsschlusse bezweckten Werth mehr haben würden. Von einer derartigen Annahme gehen auch die vorigen Richter nicht aus; sie deduciren vielmehr der Sache nach lediglich aus der — auf das fr. 24 § 4 cit. nicht zu gründenden — Erwägung, daß der Gläubiger den Vertrag dann rescindiren könne, wenn der Schuldner, ohne erfüllt zu haben, zahlungsunfähig werde oder

als zahlungsunfähig sich herausstelle und wenn alsdann dem Interesse des Gläubigers nur durch die Aufhebung des Vertrags zu genügen sei. Allein dieses Letztere könnte dem Bemerkten zufolge nur dann ohne Weiteres als entscheidend gelten, wenn das Interesse des Klägers die Aufhebung des Vertrags im Gegensatze zu einer etwaigen Nachholung der beklagtischen Leistung unbedingt erheischte. Nach jener Argumentation des Obergerichts würde der Umstand, daß Beklagter mit der Bezahlung des am 1. Januar 1877 verfallenen Wechsels in Verzug gerathen ist, gar keine entscheidende Bedeutung hier haben; die Sache würde gerade eben so liegen, wenn die gänzliche Unpfandbarkeit des Beklagten bei Ausklagung irgend einer andern, mit dem fraglichen Kaufcontracte in gar keiner Verbindung stehenden Forderung des Klägers schon vor der Fälligkeit des hier fraglichen, an Zahlungsstatt gegebenen Wechsels sich ergeben hätte, mithin eine mora des Beklagten in Erfüllung des Kaufcontracts noch gar nicht eingetreten, wohl aber mit Bestimmtheit anzunehmen wäre, daß der Beklagte auch jenen Wechsel zur Verfallzeit nicht werde einlösen können. Indessen der Umstand allein, daß der Schuldner bei Verfall der Schuld sich insolvent zeigt und daß darnach für den Gläubiger eine Ungewißheit darüber eintritt, ob und wann der Schuldner in der Folge einmal werde erfüllen können, verleiht dem Gläubiger noch nicht das Recht zum Rücktritt; insbesondere ist in dem landesherrlich bestätigten Präjudiz des hiesigen OAG. vom 3. März 1840, wonach der Verpachter nach Ausbruch des Concurses über den Pachter nicht gehalten ist, die Pacht mit der Gläubigerschaft fortzusetzen, eine allgemeine, auf alle Verträge bezügliche Bestimmung nicht zu erblicken. Nicht minder positiver Art sind in dieser Hinsicht die Bestimmungen, welche die Art. 354, 355 des HGB. über das Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrage wegen mora des andern Theils aufstellen und in denen man schon wegen der eigenthümlichen, im Handelsverkehr hervortretenden Rücksichten die Anwendung eines civilrechtlichen Princips nicht finden kann.

Buchelt Commentar Bd. 2 S. 260 sub 8, 2. Aufl., vgl. auch Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 232.

Die Frage, ob nicht eine Rescissionsforderung des Klägers dann begründet sein würde, wenn der Beklagte seine schon beim Abschlusse des Kaufcontracts vorhandene Insolvenz dem Kläger arglistig verschwiegen hätte, erscheint, da sie durch keine dahin gehende Behauptung des Klägers nahe gelegt wird, hier keine Erörterung.

Vollends kann man darin dem angefochtenen Urtheile nicht beitreten, daß nach der besonderen Lage des vorliegenden Falles mit Gewißheit anzunehmen, ja daß auch nur durch die nöthigen Behauptungen des Klägers thatsächlich genügend ersichtlich geworden sei, daß das Interesse desselben überhaupt nur durch Rescission des Vertrags gewahrt werden könne,

Zunächst steht es ganz dahin, ob und inwieweit der Kläger durch d derzeitige Ungewißheit, ob der Beklagte künftig einmal in die Lage komm werde, den Contract erfüllen zu können, eine wirkliche Beschränkung in d Disposition über sein Grundstück erleide. Denn angenommen selbst, d Beklagte würde in Zukunft unter der realen Offerte seinerseitiger vol ständiger Erfüllung von dem Kläger die Vertragserfüllung einmal noc begehren, so würde ein solcher Versuch, moram zu purgiren, ohne Zweife nur dann zu beachten sein, wenn Beklagter zugleich das sonstige Interesse welches in Folge der mora immittelst dem Kläger erwachsen, zu prästiren sich erböte, namentlich würde in solchem Falle die Frage eine besonder Untersuchung erfordern, ob nicht alsdann der Kläger, wenn er inzwischen etwa anderweit über das Grundstück disponirt hätte, also wenn nicht mehr „omnia in integro essent“ (fr. 17 de periculo 18. 6), die Leistung des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation zurückweisen dürfte (Mommsen a. a. O. S. 324; Windscheid a. a. O. § 281 sub 1). Aber auch hiervon abgesehen, vermag die bloße allgemeine Erwägung, daß der Kläger in Zukunft, wenn einmal der eine oder andere Umstand eintreten sollte, in seiner freien Verfügung über das Grundstück, ohne die Rescission des Kaufcontracts erwirkt zu haben, sich möglicherweise beschränkt finden werde, nicht klar zu stellen, daß sein Interesse solche Rescission nothwendig erheische, daß namentlich den Kläger, welcher im unangefochtenen Besitze des Kauf objects nach wie vor sich befindet, sogar die erstmalig zahlbare Kaufgeldsrat eingezogen hat, ohne Erlangung der Rescission des Vertrags irgend ein bestimmter Nachtheil treffen werde. Daß Kläger etwa eine wirklich Gelegenheit gefunden habe, in nächster Zeit das Grundstück anderweit mi Vortheil zu verkaufen, ist eben so wenig wie darüber etwas behauptet, daß etwa nach seinen besonderen Verhältnissen eine erheblichere physische Disposition über das Grundstück, z. B. durch bauliche Veränderung, jetzt nothwendig oder doch räthlich geworden sei; in einem derartigen Falle wäre noch eher möglicherweise dem richterlichen Ermessen wenigstens eine Grundlage geboten, um unter Berücksichtigung der concreten Sachlage an die nähere Prüfung eines Rescissionsanspruchs hinanzutreten. Wollte dagegen der Kläger seine Vertragsstellung zu dem Beklagten in der Maße sichern, daß er unter allen Umständen auf den Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung des Beklagten selbst der lediglich subjectiven Ungewißheit darüber entgangen wäre, ob der Contract für ihn, den Kläger, noch ferner verbindlich bliebe oder nunmehr sofort von ihm aufgehoben werden könne, so stand es in seiner Macht, von vorn herein den Kaufvertrag nicht anders als sub lege commissoria abzuschließen ein pactum, welches nicht ohne Weiteres als stillschweigend hinzugefügt vermuthet werden kann (Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 230).

Urtheil des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 1. Juli 1879 i. S. Fischer w Thielemann, wegen Aufhebung eines Kaufcontracts. (W.)

15. Urkundliches Schuldverſprechen ohne Angabe des Schuldgrundes.

Vgl. Bd. 32 Nr. 30 u. d. dort. Nachw.

K. hatte dem H. folgende Urkunde ausgeſtellt:

„Ich verſpreche, wenn ich mein Haus verkaufen werde, dem H. 300 ℳ von dem erſten Gelde zu zahlen.“

Auf Grund dieſer Urkunde klagte H. gegen K. 300 ℳ ein, mit dem Bemerken, daß H. ſein Haus an X. verkauft habe.

Der Verklagte beſtritt die Klage, da die Urkunde, welche für das in ihr enthaltene Zahlungsverſprechen keinen Schuldgrund angebe, ein instrumentum indiscretum ſei, indem dieſelbe namentlich auch nicht die Anerkennung einer beſtehenden Schuld enthalte. Eventuell wurde geltend gemacht, daß der Verklagte die fraglichen 300 ℳ dem Kläger als Courtage verſprochen habe, für den Fall, daß der Verkauf des Hauſes durch ſeine Vermittelung zu Stande komme. Dies ſei aber nicht der Fall geweſen.

Das Gericht 1. Inſtanz hielt die Klage für begründet, dagegen den letzteren Einwand, weil er mit dem Inhalt der Urkunde in Widerſpruch ſtehe, für ausgeſchloſſen.

Das AG. hielt die Klage ebenfalls für begründet, erachtete jedoch den Einwand des Verklagten für zuläſſig, forderte über denſelben vom Verklagten Beweis und erkannte auf den vom Kläger angenommenen Schiedseid.

In 3. Inſtanz wurde von dem Verklagten die Begründung der Klage von Neuem angefochten, indem wiederholt geltend gemacht wurde, daß das in der Urkunde enthaltene Schuldverſprechen wegen mangelnder Angabe eines Schuldgrundes unwirkſam ſei, wenn nicht der Kläger einen Schuldgrund beweiſe. Die Nichtigkeitsbeſchwerde wurde jedoch zurückgewieſen mit folgenden Entſcheidungsgründen:

Der von der Nichtigkeitsbeſchwerde zum Ausgang genommene Satz, daß jede auf Vertrag beruhende Obligation zu ihrer Gültigkeit eines Verpflichtungsgrundes, einer causa im materiellen Sinne, bedürfe, iſt als richtig nicht anzuerkennen. Das obligatoriſche Verſprechen beruht zwar nothwendigerweiſe auf einem Beſtimmungsgrunde, es iſt aber weder eine innere Nothwendigkeit noch durch eine Rechtsvorſchrift geboten, daß das Verſprechen den Beſtimmungsgrund in ſich aufnehme und zum Ausdruck bringe. In der Stipulation des röm. Rechts war es nicht die poſitive Form, welche die Obligation erzeugte, ſondern der Wille der Parteien, welcher nur dieſer Form als der regelmäßigen des obligatoriſchen Vertrags bedurfte. Mit dem Wegfall der Nothwendigkeit der Form iſt daher im Gebiete des gemeinen Rechts das bloße acceptirte Verſprechen zur Erzeugung

der Obligation genügend, vorausgesetzt daß — was eine thatsächliche Frage des einzelnen Falles ist — der Wille der Contrahenten auf Begründung einer Obligation gerichtet war[1]). Dieser Grundsatz ist namentlich auch für den in der Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde unterstellten Fall eines Schuldversprechens (einer accessorischen Stipulation) anzuerkennen, d. h. wenn die Leistung eines als geschuldet vorausgesetzten Gegenstandes, eben weil er als geschuldet vorausgesetzt ist, versprochen wird.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 3. Juli 1879 i. S. Kahlke w. Hauschildt (holsteinsche Sache). (B.)

---

16. Verbindlichkeit eines ausgeschiedenen Genossenschafters zur Zurückgabe seines sog. Genossenschaftsbuchs bei Empfangnahme seines Geschäftsantheils.

Vgl. Bd. 28 Nr. 33; Bd. 34 Nr. 131 u. die beiden folg. Nr. dieses Hefts.

„Für jedes Mitglied der verklagten Genossenschaft wird nach § 51 der Statuten ein besonderes Conto geführt, auf welches die Einzahlungen und die auf das Mitglied fallende Dividende jedesmal am Jahresschlusse eingetragen werden. Aus dem Zwecke dieser Einrichtung folgt von selbst, daß auch ein etwaiger auf die einzelnen Guthaben repartirter Verlust auf dem Conto des Mitglieds in Abgang gebracht wird. In Grundlage dieses Contos und mit ausdrücklicher Bezugnahme auf dasselbe wird jedem Mitgliede über „seinen Geschäftsantheil (Guthaben)“ nach § 53 der Statuten ein besonderes Buch ertheilt, worin der Vorstand den Zugang bemerkt. Inhalts des zu den Acten gekommenen Buches erfolgt diese Einzeichnung in der Weise, daß der Vorstand unter Voranstellung der im abgelaufenen Geschäftsjahre geleisteten Beiträge und der auf das Guthaben entfallenden Dividende mit seiner Unterschrift „den Bestand“ des Guthabens bei Beginn der einzelnen Geschäftsjahre bemerkt. Solche Einträge sind außergerichtliche schriftliche Geständnisse des Vereins über den jedesmaligen Betrag des Guthabens, und ihre beweisende Kraft gegen den Verein ist außer Frage. Hiernach aber kann den Einträgen die Bedeutung von Schuldurkunden

---

[1]) Das, was hier als „Frage des einzelnen Falles“ bezeichnet ist, hätte vielleicht noch dahin näher präcisirt werden können, daß dieser Fall jederzeit und gerade vorzugsweise alsdann gegeben sei, sobald das Schuldversprechen in einer Urkunde ertheilt ist, welche als ein in sich selbst abgeschlossener Willensact sich darstellt. — Die Frage über die Zulässigkeit der vom AG. zu Beweis gestellten Einrede lag dem Obertribunal nicht zur Entscheidung vor. Die Entscheidung des AG. dürfte aber für richtig zu halten sein. Es war die Einrede, daß die aus dem materiellen Schuldgrunde zu entnehmende Voraussetzung des Zahlungsversprechens in Wahrheit nicht eingetreten sei. A. d. E.

nicht abgesprochen werden, und der Verein ist berechtigt, bei Auszahlung des Guthabens die über dasselbe von ihm in beweisender Form ausgestellten Urkunden zurückzuverlangen. Das Buch hat seinen Zweck erfüllt, wenn das Guthaben dem ausgeschiedenen Mitgliede gezahlt ist. Seine Bestimmung war, dem Genossenschafter über die jedesmalige Höhe seines Guthabens Gewißheit zu geben. Mit der Zahlung des Guthabens ist der Grund für Ausstellung und Hingabe des Buchs weggefallen, und der Verein kann, wie jeder Schuldner nach getilgter Schuld, die über die frühere Schuld von ihm dem Gläubiger ausgestellte Urkunde zurückfordern. Ein wesentliches Interesse an der Zurückbehaltung des Buchs hat Kläger nicht darzulegen vermocht. Mit dem Buche ist weder der Vereinsvorstand zu controliren, noch festzustellen, was Kläger eventuell auf Grund seiner fortdauernden Haftpflicht zu leisten hat. Allerdings hat er in dem Buche zugleich den Beweis der Erfüllung seiner Verpflichtungen gegen den Verein aus § 50 der Statuten. Das Buch ist aber gegeben und genommen als Beurkundung des Geschäftsantheils oder Guthabens, und dieser seiner Bestimmung gegenüber tritt die gleichzeitige Bedeutung des Buchs als eines Quittungsbuchs zurück." . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 7. Septbr. 1878 in der mecklenb. Sache Monich, Kl., w. Vorschußverein zu Grewismühlen, Verkl. Entscheidungen Bd. 24 S. 269, 270. X.

---

17. Sparkassenbuch. Bedeutung der Statutenbestimmung, daß Zahlung nur gegen Rückgabe des Sparkassenbuchs erfolge*. Ausstellung des Buchs auf den Namen eines Dritten zeigt an sich weder eine Belegung des Geldes in Stellvertretung noch zu Gunsten des Dritten an.

*Vgl. Bd. 23 Nr. 117; auch Bd. 29 Nr. 72; Bd. 34 Nr. 131 u. d. dort. Nachw., sowie die vorige und die folgende Nr. dieses Hefts.

• Johann Otzen belegte im Jahre 1865 bei der Sparkasse in Gelting ein Kapital von 1500 ℳ Cour. und ließ sich ein Sparkassenbuch darüber ausstellen auf den Namen der A. C. Henningsen, behielt es aber in Händen und erhob alljährlich bis 1876 die Zinsen für sich. Ende 1876 zog er zu Heinrich Nissen und blieb bei demselben bis zu seinem Tode im Jahre 1877. Kurz vorher brachte Nissen das Sparkassenbuch zur Kasse und ließ sich dafür ein neues, auf seinen eigenen Namen lautend, ausstellen.

Die A. C. Henningsen verklagte die Sparkasse auf Zahlung des Kapitals, welches ihr von Otzen geschenkt worden sei; ihre Klage wurde aber in 2. Instanz abgewiesen, weil sie das Sparkassenbuch nicht beibringen könne, auf das hin die Zahlung zu leisten sei.

In oberster Instanz wurde dagegen erkannt:

In dem von der Direction der Sparkasse zu Gelting ausgestellten Sparkassenbuche verspricht dieselbe, das von der darin genannten Gläubigerin belegte Kapital derselben, deren Erben oder demjenigen, an welchen mit Genehmigung der Direction die Verschreibung cedirt sein möchte, nach statutengemäß geschehener Kündigung auszuzahlen. Wenn es daneben in dem der Verschreibung vorgedruckten Extracte aus den Statuten der Sparkasse im § 12 heißt: daß der Verein in den näher bezeichneten Zeiten gegen Rückgabe des Schuldscheins zurückzahle, so ist damit keineswegs die Gläubigerschaft an den Besitz der Schuldurkunde, bzw. die Verbindlichkeit der Sparkasse zur Rückzahlung an die Rückgabe derselben geknüpft, sondern es hat nur der im Rechte bestehende Satz, wonach der Schuldner bei der Zahlung Rückgabe des Schuldscheins verlangen darf, noch speciellen Ausdruck gefunden. Da dieser Satz aber nur Bedeutung für die Sicherheit des Schuldners, namentlich gegen einen etwaigen Misbrauch der Schuldurkunde hat, so ergiebt sich, daß, wenn der Gläubiger den Schuldschein zwar nicht zurückgeben kann, der Schuldner ihn aber bereits in Händen hat, aus diesem Umstande an und für sich keine Befreiung von dem Anspruche des Gläubigers entnommen werden darf, sondern auf den Rechtsact zurückgegangen werden mußte, durch welchen der Schuldner den Besitz der Schuldurkunde erlangt hat.

Aber das angefochtene Erkenntniß ist aus anderen Gründen zu bestätigen. Der Fall, wo Jemand in Stellvertretung, Namens eines Andern, contrahirt, ist zwar von dem Falle, wo Jemand zu Gunsten eines Dritten contrahirt, begrifflich durchaus verschieden, wird aber im Rechtsverkehr durch den Ausdruck nicht immer unterschieden; der einzelne Fall wird sich daher nur unter Erwägung aller concreten Umstände entscheiden lassen. Darnach muß zunächst die Annahme ausgeschlossen erscheinen, daß der verstorbene Johann Otzen das Kapital als Stellvertreter der Klägerin belegt habe. Nicht nur weisen keinerlei Umstände darauf hin, daß er das in der Schuldverschreibung enthaltene Versprechen der Rückzahlung an die Klägerin Namens derselben acceptirt habe; es liegt vielmehr gegentheilig vor, daß er, wie er das Geld zur Belegung aus eigenen Mitteln beschafft, das Versprechen der Rückzahlung als Selbstcontrahent angenommen, die ihm ausgehändigte Verschreibung für sich behalten und benutzt hat. Es kann daher nur in Frage kommen, ob die Contrahenten die Rückzahlung des Kapitals, bzw. die Verzinsung desselben zu Gunsten der Klägerin so, daß für die Letztere ein Forderungsrecht daraus erwachsen ist, ausgemacht haben. In welchem Umfange auch die rechtliche Gültigkeit des Vertrages zu Gunsten eines Dritten anerkannt werden mag, jedenfalls ist es eine nothwendige Voraussetzung, daß der Vertragswille der Contrahenten darauf gerichtet war, den Dritten auf die versprochene Leistung forderungsberechtigt

zu machen, sei es sofort, sei es nach einer bestimmten Frist oder unter gewissen Voraussetzungen. Eine derartige Absicht der Contrahenten ist aber aus den vorliegenden Umständen nicht zu entnehmen. Trotz der auf den Namen der Klägerin lautenden Schuldverschreibung hat der Darleiher allein als Gläubiger und als derjenige, der die Zinsen zu erheben hatte, angesehen werden wollen und ist als solcher fortgesetzt vom Schuldner anerkannt; ebenso fehlt es an jedem Anhaltspuncte dafür, daß der Klägerin ein demnächstiges Forderungsrecht — etwa mit dem Tode des Empfangnehmers des Versprechens oder von irgend einem früheren Zeitpuncte an — hat eingeräumt werden sollen[1]).

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 1. Mai 1879 i. S. Henningsen w. Spar- und Leihkasse zu Gelting (schleswigsche Sache). (S.)

---

18. Ueber den Satz, daß der Schuldner die Zahlung bis zur Quittungsertheilung zurückhalten kann*; Unanwendbarkeit desselben auf die Bewilligung der Löschung von Eintragungen in Hypothekenbüchern**.

*Vgl. Bd. 8 Nr. 246; Bd. 9 Nr. 20, 21; Bd. 13 Nr. 245; Bd. 19 Nr. 34; Bd. 20 Nr. 121. Vgl. auch Bd. 28 Nr. 33; Bd. 34 Nr. 131, sowie die beiden vorigen Nr. dieses Hefts. — **Vgl. Bd. 1 Nr. 330; Bd. 9 Nr. 19; Bd. 17 Nr. 119; Bd. 25 Nr. 18; Bd 34 Nr. 131.

„Die erstinstanzliche Entscheidung, daß der Beklagte verurtheilt werde, die festgesetzten Beträge dem Kläger gegen Löschung der eingetragenen Abfindung binnen 14 Tagen bei Vermeidung der Execution zu bezahlen, . . . kann dem Zusammenhange nach nur auf der Ansicht beruhen, daß der Kläger zwar nicht vor voller Befriedigung zur Löschung der Eintragung verpflichtet sei, . . . daß der Beklagte aber die wirklich schuldige Summe nicht anders zu zahlen brauche, als gegen Löschung der sein Eigenthum beschränkenden und den Anspruch des Klägers sichernden Eintragung im Hypothekenbuche. Der Kläger hat sich dadurch beschwert gefunden, daß ihm eine solche Gegenleistung auferlegt worden ist; gegen die Verwerfung dieser Beschwerde in der vorigen Instanz richtet sich der vorliegende Cassationsangriff.

Zunächst ist vorauszuschicken, daß die dem Kläger angesonnene Thätigkeit der „Löschung" selbstverständlich nur in dem Sinne von Consensertheilung zur Löschung verstanden werden kann, wie ja auch der Beklagte bei seinen in der Vernehmlassung gestellten Anträgen ein Mehreres nicht beansprucht hat. . . . Dagegen muß dem Kläger darin Recht gegeben werden, daß in dem Ausdrucke „gegen Löschung" seinem Wortlaute und

[1]) Vgl. Gareis Verträge zu Gunsten Dritter § 71 S. 101, S. 36 Not. 2.

seiner gewöhnlichen Bedeutung nach möglicherweise nur eine solche Gegenleistung zu verstehen ist, welche Zug um Zug mit der Hauptleistung zu geschehen hat, bei deren Ausbleiben somit der Hauptverpflichtete zur Zurückhaltung der letzteren befugt erscheinen würde. . . .

Es fragt sich also, ob der Beklagte in der That nur gegen Bewilligung der Löschung — Zug um Zug — zu zahlen verpflichtet ist.

Diese Frage würde nach der Ansicht der großen Mehrzahl der neueren Rechtslehrer zu bejahen sein, falls es sich um die Ausstellung einer einfachen Quittung handelte. Denn nach dieser Ansicht hat die aus

const. 19 de fide instrum. 4. 21, const. 1 § 2 de apoch. publ. 10. 22, const. 18 de testibus 4. 20, nov. 90 c. 8

hergeleitete allgemeine Verpflichtung zur Quittungsertheilung die rechtliche Wirkung, daß der Schuldner bis zum Empfange der Quittung die Zahlung zurückzuhalten befugt ist.

Gesterding im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 4 S. 16 ff.; Linde in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Proceß I. S. 244 ff.; Busch im cit. Archiv Bd. 31 S. 10; Sintenis Civilrecht 2. Aufl. Bd. 2 § 103 Not. 89 S. 414; Windscheid Pand. II. §. 344 i. f.; Seuffert Archiv Bd. 9 Nr. 21, Bd. 20 Nr. 121.

Die Einwendungen Rudloff's (im Archiv. f. d. civilist. Praxis Bd. 45 S. 170 ff.) betreffen nicht diese Frage des sog. Retentionsrechts, sondern der Hauptsache nach die Frage, ob die Verpflichtung zur Quittungsertheilung auf alle Kategorien von Zahlungen anwendbar sei. Anderwärts wird jedoch, und anscheinend nicht ohne Grund, der Quittungsertheilung der Charakter einer eigentlichen Gegenleistung abgesprochen, u. A. mit der Folge, daß die Verurtheilung des Schuldners von der Ausstellung und Aushändigung einer Quittung nicht abhängig zu machen sei, eine solche Verbindlichkeit vielmehr nur als rechtliche Folge der vorausgegangenen Zahlung eintreten könne.

Sächsische Zeitschrift f. Rechtspflege N. F. XXI. S. 459 ff. — — — —

Welcher Ansicht man aber auch beitreten mag, in dem vorliegenden Falle handelt es sich nicht um eine einfache Quittung über die Bezahlung einer Geldschuld zum Zwecke des besseren Beweises der Tilgung derselben, sondern um die Bewilligung der Löschung einer im Hypothekenbuche enthaltenen Eintragung, also um einen besonderen Act, durch welchen noch außer diesem Zwecke die Aufhebung des den Berechtigten gegen Jedermann sichernden dinglichen Rechtes formell zuwege gebracht werden soll. Ein solcher Act erfordert entweder, daß er vor der Hypothekenbehörde selbst vorgenommen wird oder doch — und zwar ist dieses Letztere gegenwärtig nach der Einrichtung der Grundbuchämter allein thunlich — — — daß die Bewilligungserklärung (auch wenn sie, wie wenigstens bei Hypotheken zugelassen, inhaltlich in nichts Anderem als einer Quittung

beſtehen braucht) mit der Beglaubigung der Unterſchrift des Gläubigers r ſonſt Berechtigten verſehen wird [1]). Schon daß alſo die Vor- me eines ſolchen Actes keineswegs zu jeder Zeit und an jedem Orte glich iſt, bzw. einer beſonderen Vorbereitung bedarf, ſchließt die analoge wendbarkeit jenes in der Doctrin bezüglich der einfachen Quittungen rſchenden Satzes auf Löſchungsbewilligungen aus. Die Unanwend- rkeit deſſelben folgt aber vollends daraus, daß das Recht, von dem getragenen Berechtigten die Aufgebung ſeines Pfand- oder ſeines zu cher Sicherung dienenden ſonſtigen dinglichen Rechts zu verlangen, ter dem unbeſtrittenen Satze ſteht, daß der Pfandinhaber erſt nach lgung der Pfandſchuld mittelſt der actio pigneratitia zur Zurückgabe s Pfandes gezwungen werden kann, ein Satz, deſſen Anwendbarkeit auf e Löſchung von hypothekariſchen Eintragungen in den modernen Hypotheken- nd Grundbüchern außer Zweifel iſt,

. Seuffert Archiv Bd. 9 Nr. 19, Bd. 17 Nr. 119; vgl. ſächſiſche Zeitſchrift a. a. O.,

nd nach der Natur der Sache auf andere als hypothekariſche Eintragungen, ie z. B. auf die vorliegend in Frage kommende Eintragung des klägeriſchen bfindungsanſpruchs, Anwendung finden muß.

Die aufgeworfene Frage iſt daher unbedenklich zu verneinen. Hieraus lgt, daß unter Anerkennung der Berechtigung des Beklagten, eine form- rechte Einwilligung des Klägers in die Löſchung der geklagten Abfindung ach Abführung der judicatmäßigen Summen alsbald zu verlangen, die orte: „gegen Löſchung der eingetragenen Abfindung“ aus dem Tenor s 1. Erkenntniſſes zu ſtreichen ſind.“

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 10. Juni 1879 i. S. Meyer w. Meyer, wegen Abfindung. (D.)

---

19. Regreß gegen den Vormann des Cedenten wegen Nichtexiſtenz der Forderung.

Vgl. Bd. 28 Nr. 218 u. d. dort. Nachw.

Der Mitverklagte I., Heuſer, cedirte dem Mitverklagten II., Seibert, 13. März 1871 eine ihm zuſtehende Hypothekenforderung, und Letzterer ſelbe dem Ehemann der Klägerin am 1. Mai 1871. Nach deſſen Tode hob die im geſetzlichen Nießbrauch ſeines Nachlaſſes befindliche Klägerin n den Hypothekenbeſitzer Klage, wurde aber wegen bereits 1858 oder 59 erfolgter Zahlung vorbehaltlich ihres Regreſſes abgewieſen. Dieſen greß nahm ſie ſolidariſch gegen beide Verklagte, indem in der Ceſſion

[1]) Bezugnahme auf die betr. braunſchweigiſchen Grundbuchgeſetze (§ 23 vgl. mit § 59 des Eigenthumserwerbsgeſetzes, §§ 8, 46, 48 der Grundbuchordnung).

vom 1. Mai 1871 auch eine Abtretung der Rechte, welche wegen Nichtexistenz der Forderung entstanden seien, liege und außerdem Beide aus einem Delict vel quasi hafteten. Da in der Cession vom 13. März 1871 nichts davon stehe, daß Heuser die Verantwortlichkeit für die Existenz ablehne, so habe er sich durch Ausstellung der Urkunde jedem dritten und folgenden Cessionar gegenüber verpflichtet, daß die cedirte Forderung im Augenblick der Cession noch zu Recht bestanden habe.

Das Kreisgericht wies die Klage gegen den Mitverklagten I. Heuser ab, und das Appellationsgericht bestätigte, weil ein gemeinsamer dolus nicht begründet sei.

Die 3. Instanz billigte die Entscheidung:

Der als verletzt bezeichnete Rechtssatz, daß der Nachcessionar wegen Nichtexistenz der cedirten Forderung nicht nur seinen Cedenten, sondern auch einen Vormann, insbesondere den ursprünglichen Gläubiger in Anspruch nehmen könne, jedenfalls dann, wenn dieser eine bereits an ihn gezahlte Forderung urkundlich, ohne diese Zahlung in der Urkunde zu erwähnen, abgetreten habe, und in diesem Falle unabhängig von der Frage, ob der Verklagte von seinem unmittelbaren Nachmanne dieserhalb in Anspruch genommen werden könnte oder nicht, ist als bestehend nicht anzuerkennen. Die Regreßpflicht des Cedenten ist nicht Ausfluß der Cession als solcher, sondern sie beruht auf dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte und ist je nach diesem eine verschiedene. Dieses Rechtsgeschäft erzeugt aber Rechtswirkungen nur unter den Contrahenten, und besteht daher eine Verpflichtung, für die Verität resp. Bonität der abgetretenen Forderung aufzukommen, nur zwischen dem Cedenten und Cessionar, nicht im Falle mehrfacher Cessionen zwischen den spätern Cessionaren und einem der Vormänner ihres Cedenten oder dem ursprünglichen Gläubiger und ersten Cedenten. Um gegen diese einen Anspruch erheben zu können, bedarf es vielmehr der Abtretung der dem Cedenten gegen seinen Vormann zustehenden Regreßrechte. Ob über die Cession eine schriftliche Urkunde ausgestellt worden ist, erscheint für diese Frage ohne Bedeutung, und es kann namentlich dem Kläger darin nicht beigetreten werden, daß derjenige, welcher schriftlich eine Forderung cedirt, dieselbe gewissermaßen in Curs setze und dem Publikum gegenüber die Verantwortlichkeit für die Wahrheit der beurkundeten Thatsache der Existenz der cedirten Forderung zur Zeit der Ausstellung der Cessionsurkunde übernehme.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 30. Juni 1879 i. S. Privat Wittwe w. Heuser u. Gen. (hessische Sache). (S.)

20. Das Widerrufsrecht beim precarium duldet keinerlei Beschränkung.

Vgl. Bd. 25 Nr. 234.

Es ist unzweifelhaften Rechtens, daß beim precarium eine jede Beschränkung des Widerrufsrechts, mag das precarium auf bestimmte Zeit oder auf ewige Zeit (ein für alle Mal) vertragsmäßig verabredet sein, jederzeit widerruflich und wirkungslos sein soll,

fr. 12 pr. de precar. 43. 26,

und herrscht unter den Rechtslehrern hierüber kein Streit. . . . Die Annahme, daß das precario Gegebene nicht intempestive zurückgefordert werden könne, widerspricht dem bestimmten Ausspruche der Gesetze, wonach dasselbe zu jeder, auch intempestiven Zeit zurückgenommen werden darf.

Fr. 1 pr. u. § 2, fr. 2 § 1, fr. 15 pr. eod.; Weiske Rechtslexikon Bd. 5 S. 566; Holzschuher Theorie u. Casuistik 1. Aufl. Bd. 2 Abth. 2 S. 509; Glück Comm. Bd. 13 S. 446.

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 17. Mai 1878 i. S. Heinemann w. die Actien-Zuckerfabrik Deltum. (D.)

---

21. Folgen der Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung des Miethvertrages von Seiten des Vermiethers; Rücktritt des Miethers vom Vertrage und Entschädigungsanspruch.

Vgl. Bd. 17 Nr. 233, 239; Bd. 18 Nr. 238; Bd. 23 Nr. 124; Bd. 24 Nr. 28, 29; Bd. 27 Nr. 25; Bd. 32 Nr. 35; Bd. 33 Nr. 220.

Gewährt der Vermiether dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache mit ihren Zubehörungen nicht zu rechter Zeit, oder hat der Miethgegenstand einen Fehler, welcher dem Miether die Benutzung der Sache in der durch den Miethvertrag bestimmten Weise nicht möglich macht oder erheblich mindert oder erschwert, so kann man dem getäuschten Miether nicht zumuthen, daß er den Vermiether um die diesem unmögliche oder ihm selbst werthlose Erfüllung belange oder die vom Vermiether zu spät angebotene und deshalb werthlose Erfüllung annehme, sondern der Miether ist berechtigt, sofort gegen den Vermiether auf Befreiung von allen Verbindlichkeiten, Zurückerstattung der allenfalls vorausgezahlten Miethe und im Falle Verschuldens des Vermiethers auf Leistung des Interesse zu klagen (vgl. bayr. Ldr. Thl. 4 c. 15 § 11 Nr. 3 und Anm. 2 hierzu; fr. 24 § 4, fr. 25 § 3, fr. 60 pr., fr. 10 loc. cond. 19. 2; Weiske Rechtslex. Bd. 7 S. 761—764 u. 774; Puchta Pand. § 369; Arndts Pand. § 313; Bangerow Pand. § 643 Anm. 1 Ziff. 2; vgl. auch Anm. lit. a zu § 4 c. 6 Thl. 4 des bayr. Ldr., Anm. lit. b zu § 21 Nr. 2 a. a. O.,

Anm. 3 zu § 18 a. a. O.). Ein unbedeutender Mangel am Miethgegenstande oder ein geringeres Hinderniß in dessen Benutzung berechtigt nicht zum Rücktritte vom Vertrage, sondern es muß der Mangel so wesentlich und das der Benutzung entgegenstehende Hinderniß so bedeutend sein, daß man annehmen kann, der Miether würde unter solchen Verhältnissen den Miethvertrag nicht eingegangen sein.

Ein Miether, welcher die fehlerhaften Eigenschaften des Miethgegenstandes gekannt und dennoch den Miethvertrag abgeschlossen hat, kann auf diese Mängel des Miethgegenstandes weder eine Klage noch auch eine Einrede gründen (Anm. lit. f z. bayr. Ldr. Thl. 4 c. 6 § 18 Nr. 3; Weiske a. a. O. S. 764).

Wenn der Vermiether den Miethgegenstand dem Miether gar nicht oder nicht vollständig oder gehörig zum Gebrauche gewährt, muß der Miether in der Regel den Vermiether zuerst auffordern, den Miethvertrag vollständig zu erfüllen, und erst im Falle der Weigerung von Seiten des Vermiethers kann er gegen diesen Klage stellen. Eine Ausnahme von dieser Regel findet aber dann statt, wenn die Mängel des Miethgegenstandes derart sind, daß sie wegen ihrer Wesentlichkeit den Miether zum Rücktritt vom Vertrage berechtigen, wenn sie gar nicht oder nicht in kürzester Zeit gehoben werden können und der Miether eben deshalb nicht auf Vertragserfüllung zu klagen und eine später angebotene Erfüllung nicht anzunehmen braucht.

Erk. des obersten Gerichtshofes für Bayern v. 2. Juli 1877. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 42 S. 296, 297. X.

---

22. Actio negot. gest. contraria. Die Voraussetzung der Nützlichkeit der Geschäftsführung ist nach der besonderen Lage des Geschäftsherrn zu beurtheilen.

Der Kläger hatte von dem Kaufmann H. dessen Gut von Petri 1876 bis 1888 gepachtet. In Folge des im September 1876 über H. eröffneten Concursverfahrens wurde der Pachtvertrag aufgehoben, das Gut im Concurse verkauft und im Februar 1877 vom Pächter geräumt. Letzterer hatte jedoch die Herbstaussaat auf dem Gute besorgt und forderte vom Concurscurator Ersatz dafür, weil er im Interesse des Gutes gehandelt und durch seine Vornahmen die Masse erheblich verbessert habe. Der Verklagte behauptete, auf die Frage des Klägers, ob er die Aecker bestellen solle, entgegnet zu haben, wenn er das thue, so thue er es auf eigene Verantwortung, eine Vergütung könne ihm dafür aus der Masse nicht zugesagt werden; seine Aufwendungen seien auch der Masse nicht nützlich gewesen, indem das bestellt verkaufte Gut dadurch keinen höhern Preis

eingebracht habe, und Kläger habe die Arbeiten nicht im Interesse der Masse vorgenommen, sondern weil er geglaubt, mit seinem unbeschäftigten Vieh, das er habe unterhalten müssen, sich einen Verdienst machen zu können.

Das Kreisgericht wies die Klage ab, weil die Bestellung gegen den Willen des Verklagten erfolgt sei; das Appellationsgericht aber verurtheilte, weil die Ausstellung der Aecker erforderlich gewesen, um einen Fruchtertrag zu erzielen, und das Gut zur landwirthschaftlichen Nutzung bestimmt gewesen, also die Ausstellung zu seinem Nutzen geschehen sei.

Der Verklagte beschritt die 3. Instanz und bekämpfte die Schlüssigkeit der Appellationsentscheidung, weil die dort angenommene Begründung der Klage durch die besondern Verhältnisse des vorliegenden Falles ausgeschlossen werde, da die Concursmasse nicht Landwirth sei und zu landwirthschaftlicher Benutzung sich nicht entschlossen gehabt, die Bestellung selbst nicht vorgenommen haben würde, und weil die Absicht, *fremde* Geschäfte zu führen, nicht erwiesen sei.

Das 1. Urtheil wurde hiernächst aus folgenden Gründen wieder hergestellt:

Das Appellationsgericht geht davon aus, daß, nachdem der Einwand des Verklagten, der Kläger habe die Ausstellung des in Frage stehenden Gutes gegen ausdrückliches Verbot vorgenommen, beseitigt sei, die Behauptungen des Klägers eine Geschäftsführung desselben für die Concursmasse ergäben, „da die Ausstellung des zur landwirthschaftlichen Nutzung bestimmten Gutes zur Erzielung des Fruchtgenusses erforderlich war", und erachtet deshalb den vom Kläger erhobenen Anspruch auf Ersatz der für die Ausstellung gemachten Aufwendungen bzw. der geleisteten Arbeiten für begründet, so weit er zu deren Vornahme nicht contractlich verpflichtet gewesen. Mit Recht rügt der Verklagte, daß der Appell.-Richter durch diese Entscheidung die Rechtsgrundsätze über die Ansprüche aus Geschäftsführung (der actio negotiorum gestorum contraria) verletzt habe. Der Anspruch desjenigen, welcher ohne Auftrag die Geschäfte eines Dritten geführt hat, in fremden Angelegenheiten thätig geworden ist, auf Ersatz desjenigen, was er aus seinem Vermögen für den Geschäftsherrn aufgewendet hat, setzt vor Allem voraus, daß die Aufopferung sowohl an und für sich, als in Betreff ihres Maßes im Interesse des Geschäftsherrn gelegen hat, daß ein utiliter gestum vorliegt. Die Frage, ob ein solches utiliter gestum vorhanden sei, ist aber nicht *lediglich* nach objectiven Rücksichten zu beantworten, sondern es kommt dabei wesentlich mit in Betracht, ob die Handlung nach der besonderen Lage des Geschäftsherrn eine nützliche gewesen ist, ob sie seinem präsumtiven Willen entsprochen hat. Ist Letzteres nicht der Fall, so kann derjenige, welcher sich ohne Auftrag und unberufen in die Angelegenheiten Dritter eingemischt hat, nicht Ersatz der von ihm gemachten Aufopferungen und Vergütung der von ihm geleisteten

Dienste und Arbeiten, sondern nur Herausgabe desjenigen verlangen, was durch seine Geschäftsführung in das Vermögen des Dritten gelangt ist. Es genügte daher im vorliegenden Falle nicht die Feststellung, daß die Ausstellung des zur landwirthschaftlichen Nutzung bestimmten Gutes zur Erzielung des Fruchtgenusses erforderlich war und daß die vorgenommenen Arbeiten nach landwirthschaftlichen Grundsätzen nothwendig waren, sondern es war die Darlegung erforderlich, daß die Ausstellung des Gutes unter den gegebenen Umständen für die Concursmasse nützlich gewesen sei. Letzteres ist aber von dem Appellationsgerichte nicht festgestellt worden und ergiebt sich auch nicht aus den Klagbehauptungen, weshalb die Klage abzuweisen war. Es fehlt an jeder nähern Darlegung, daß die von dem Kläger vorgenommene Ausstellung des Gutes überhaupt und namentlich die Ausstellung eines größern Winterfeldes, als Kläger seiner Behauptung zufolge bei Antritt der Pacht ausgestellt erhalten haben will, bei Lage der Sache für die Concursmasse nützlich, dem präsumtiven Willen des Geschäftsherrn entsprechend gewesen sei. Die Concursmasse, zu welcher das Gut gehörte, hatte in dem Concurscurator einen Vertreter, welchem die Verwaltung der Masse oblag, und hatte Kläger um so weniger Veranlassung, ohne Auftrag in die Angelegenheiten der Concursmasse sich einzumischen und kostbare Ackerbestellungen vorzunehmen, als der Curator, nach der eigenen Darstellung des Klägers, ihm auf die Frage: wie es mit der Ackerbestellung werden solle, entgegnet hat: „ich kann Ihnen jetzt noch keine Auskunft geben, ich muß erst mit dem Gläubigerausschuß Rücksprache nehmen; wenn Sie jetzt ausstellen, thun Sie es auf Ihr Risico", und die Ansicht des Klägers, daß aus dem spätern Schweigen des Verklagten zu folgern sei, daß die Ausstellung der Aecker dem Wunsche des Verklagten entspreche, bei Lage der Sache völlig unberechtigt ist.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 18. März 1879 i. S. Hempel w. Heinemann'schen Concurscurator (hessische Sache). (S.)

---

23. Theilungsklage. Sind die Theilnehmer an einer zufälligen Gemeinschaft (communio incidens) verpflichtet, sich zwecks einer vortheilhafteren Theilungsweise eine vorgängige theilweise Umgestaltung der Sache gefallen zu lassen? Wer hat die dazu erforderlichen Kosten vorzustrecken?

Vgl. Bd. 33 Nr. 23 u. d. dort. Nachw.

Die Parteien besitzen gemeinschaftlich verschiedene Holzparzellen. In dem von den Klägern beantragten Theilungsverfahren verlangen Beklagte, daß zum Zwecke der besseren Verwerthung die Theilungsgrundstücke abgeholzt und dann als Ackerparzellen veräußert werden sollen. Der Appell.-Richter

hat dieſes Verlangen als unzuläſſig abgewieſen; in höchſter Inſtanz wurde dieſes Erkenntniß vernichtet. Gründe:

Die Nichtigkeitsbeſchwerde der Beklagten und Widerkläger, welche Verletzung des in fr. 21 comm. div. 10. 3 aufgeſtellten Grundſatzes rügt, daß der Richter bei der Theilung, die allen Communions-Intereſſenten vortheilhafteſte Theilungsweiſe in Anwendung zu bringen habe, hat für begründet erachtet werden müſſen.

Daß der von den Beklagten beantragte Theilungsmodus der vortheilhaftere ſei, beſtreitet, gegenüber dem Gutachten der Sachverſtändigen, das AG. nicht; es erachtet aber die Anwendbarkeit des cit. fr. im vorliegenden Falle, bzw. die Zuläſſigkeit der von den Beklagten begehrten Theilungsweiſe um deswillen für ausgeſchloſſen, weil dieſe Theilung eine vorgängige Veränderung des Theilungsobjects und einen Koſtenaufwand ſeitens der Intereſſenten bedinge, hierzu aber Kläger, bei ihrem Widerſpruch rechtlich nicht verpflichtet ſeien. Wenn nun auch mit dem AG. anzuerkennen iſt, daß unter der Vorausſetzung des Fortbeſtandes der Communion (communio incidens) keiner der Miteigenthümer verpflichtet iſt, Veränderungen an der Subſtanz der gemeinſchaftlichen Sache, zwecks deren Wertherhöhung, vorzunehmen und zu dem Ende Koſten aufzuwenden, ſo kommt dieſer Grundſatz im Falle der beabſichtigten Auflöſung der Gemeinſchaft nicht in gleichem Maße zur Anwendung. In dieſem Falle tritt der Realiſirung der vortheilhafteren Theilungsweiſe nicht der Umſtand hindernd entgegen, daß dieſelbe eine vorgängige theilweiſe Umgeſtaltung der gemeinſchaftlichen Sache erfordert, da ebenſowenig eine ſpecielle geſetzliche Vorſchrift wie die rechtliche Natur der Communion als ſolcher die Zuläſſigkeit der in fr. 21 cit. vorgeſchriebenen Vertheilungsmaxime durch die Vorausſetzung bedingt ſein läßt, daß die gemeinſchaftliche Sache in ihrer ſeitherigen unveränderten Geſtaltung zur Theilung gebracht werde. Darin iſt allerdings dem AG. beizupflichten, daß zur Durchführung einer ſolchen Umgeſtaltung keiner der Communionsintereſſenten angehalten werden kann, Koſten aus ſeinen eigenen Mitteln aufzuwenden. In dieſer Beziehung aber geht die vorinſtanzliche Entſcheidung über die gepflogenen Parteiverhandlungen hinaus. Abgeſehen davon, daß eine ausdrückliche Weigerung der Kläger zur Tragung des auf ſie entfallenden Koſtenantheils nicht vorliegt, und daß andererſeits die Beklagten ſich in dieſer Inſtanz bereit erklärt haben, ſämmtliche Koſten der vorzunehmenden Veränderung vorzulegen, ſo hatte die Vorinſtanz nach Maßgabe der gepflogenen Verhandlungen die Frage zur Entſcheidung zu bringen, ob nicht ohne Weiteres in dem von den Beklagten geſtellten Antrage auf Theilung auch deren Bereitwilligkeitserklärung zur Vorlegung der dieſerhalb entſtehenden Koſten zu finden ſei, und falls es dieſe Folgerung nicht für ſchlüſſig erachten ſollte, jedenfalls die Beklagten zu einer deshalbigen beſtimmten Erklärung

zu veranlassen. Die in dieser Richtung noch ausstehenden Erörterungen und Verhandlungen machen zugleich eine Zurückverweisung in die Instanz erforderlich."

Erk. des Obertribunals zu Berlin (5. Sen.) v. 17. Decbr. 1878 i. S. Kamp w. Erlemeyer (aus dem Gebiet des Justizsenats Ehrenbreitstein) Fenner u. Mecke civilr. Entsch. Jahrg. 10 S. 30.

24. Wirkung der lex commissoria beim Kaufvertrage: Zurückforderung des gezahlten Kaufgeldes.

Vgl. Bd. 30 Nr. 143.

A. schloß mit B. einen Kaufvertrag über ein dem Letzteren gehörendes Wohnhaus ab, in welchem bestimmt wurde, daß alle Zuwiderhandlungen gegen den Vertrag denselben aufheben sollten. A. zahlte auf den Kaufpreis sofort 100 Thlr., hielt aber den für die weitere Zahlung vertragsmäßig festgesetzten Termin nicht ein, in Folge dessen B. von dem Kaufe zurückzutreten erklärte. Nachdem nun A. mit einer Klage auf Erfüllung des Kaufes durch Uebergabe des Hauses und gerichtliche Uebereignung rechtskräftig abgewiesen worden war, forderte er in einer neuen Klage die gezahlten 100 Thlr. zurück. B. stellte dieser Klage lediglich Compensationseinreden entgegen. Das Gericht 1. Instanz wies die Klage zurück; das AG. ließ dieselbe zu, indem es ausführte, die geschehene Klagverwerfung basire sich auf diejenige Beantwortung einer vielfach erörterten Streitfrage, welche, obschon insbesondere von einer Mehrzahl neuerer Rechtslehrer vertreten, doch sehr gewichtige Stimmen und erhebliche praktische Bedenken gegen sich habe. So viel dürfe als gewiß angenommen werden, daß die, der Auffassung des vorigen Richters entgegengesetzte mildere Ansicht, nämlich diejenige, nach welcher bereits angezahlte Kaufgelder dem Käufer nur im Falle einer verabredeten Verwirkung derselben bei Wiederauflösung des Geschäftes verloren gehen, von den meisten Schriftstellern aufrecht erhalten und als von Alters her gerichtsgebräuchlich bezeugt werde. Unter diesen Umständen habe man der letzteren Ansicht, welche, wie allerseits anerkannt werde, die Quellen nicht, jedenfalls nicht unzweifelhaft, gegen sich, die Mehrzahl der Praktiker aber und den Gerichtsgebrauch unbestrittenermaßen für sich habe, den Vorzug geben zu sollen geglaubt und zwar um so mehr, als man auch in dem analogen Falle einer Wiederauflösung des Kaufvertrags durch mutuus dissensus trotz bekannter scheinbar entgegenstehender Bestimmung des röm. Rechts die Rückzahlung des bereits abgewährten pretium statuirt habe.

Das OAG. zu Jena bestätigte dieses Erkenntniß, hielt aber eine nochmalige Prüfung und Erörterung der in den Vorinstanzen ventilirten

Controverse aus folgenden Gründen für nicht erforderlich: Wenn nämlich auch von röm. Juristen der Satz wirklich ausgesprochen sein sollte, daß, wenn der Käufer den Contract nicht erfülle, und der Verkäufer die zu seinen Gunsten dem Vertrage beigefügte lex commissoria geltend mache, der vom Käufer bereits gezahlte Theil des Kaufpreises beim Verkäufer bleibe, so würde dieser Satz doch lediglich subsidiäre Bedeutung haben, d. h. er könnte nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Parteien nichts Anderes verabredet haben, bzw. wenn sich nicht herausstellt, daß diese Wirkung der verabredeten Aufhebung der Intention der Parteien zuwider laufen würde. Im vorliegenden Falle wird nun aber Letzteres angenommen werden müssen. Die Parteien haben nicht eine lex commissoria in der in den röm. Quellen allein in Betracht gezogenen Richtung, nämlich lediglich zu Gunsten des Verkäufers abgeschlossen, sondern sie haben die allgemeine Verabredung getroffen, „daß alle Zuwiderhandlungen gegen den Vertrag denselben aufheben sollten". Der Käufer war mithin in derselben Weise berechtigt, im Falle der Verkäufer nicht erfüllen würde, den Vertrag aufzuheben, als dieses Recht im entgegengesetzten Falle dem Verkäufer zustand. Ueber die Wirkungen einer solchen Aufhebung auf die rechtliche Behandlung des von der einen oder der anderen Seite bereits Geleisteten enthielt der Vertrag zwar keine Bestimmungen; es fehlt aber auch an jedem Grunde dafür, daß die Parteien beabsichtigt hätten, diese Wirkungen verschieden zu bestimmen, je nachdem die Aufhebung durch das vertragswidrige Verfahren des Käufers, oder des Verkäufers veranlaßt würde; es ist vielmehr als beabsichtigt anzunehmen, daß die Parteien in dieser Beziehung völlig gleich behandelt werden sollten. Faßt man nun aber den Fall, daß in Folge vertragswidrigen Verfahrens des Verkäufers der Käufer von der Aufhebungsbefugniß Gebrauch macht, ins Auge, daß also z. B. der Verkäufer zwar das Haus tradirt, aber die bis zum 1. April 1865 verfallenen Grundgefälle (welche er nach dem Vertrage zu zahlen hat) trotz der Mahnung des Käufers nicht berichtigt . . . und der Käufer aus diesem Grunde den Vertrag aufheben zu wollen erklärt, und fragt, was in diesem Falle Rechtens gewesen sein würde, so kann die Antwort nur aus der präsumtiven Absicht der Parteien entnommen werden. Als solche kann aber bei unbefangener Betrachtung des Verhältnisses doch wohl nur die erkannt werden, daß die Nichterfüllung von Seiten des Verkäufers den Käufer ermächtigen solle, den Vertrag als nicht geschlossen zu betrachten, so daß alle von der einen oder der anderen Seite zur Erfüllung etwa schon vorgenommenen Handlungen wieder rückgängig gemacht würden. Die andere Auffassung dagegen, daß nur der Käufer die von ihm zur Erfüllung vorgenommenen Handlungen rückgängig machen könne, nicht aber der Verkäufer die seinigen, daß also im angeführten Beispiele der Käufer das Haus behalten, den ganz oder theilweise gezahlten Kaufpreis aber zurückfordern dürfe, ist so künstlich und

das darnach sich ergebende Resultat der Aufhebung stellt sich wegen seiner Abhängigkeit von Zufälligkeiten als ein so unbestimmtes, bzw. von Anfang an unbestimmbares heraus, daß man nur dann, wenn dies ausdrücklich ausgemacht wäre, annehmen könnte, die Absicht der Parteien sei bei Abschluß des Vertrags darauf gerichtet gewesen.

Was nun aber von diesem Falle gilt, muß, wie bemerkt, auch von dem entgegengesetzten Falle gelten; denn es ist nicht denkbar, daß, wenn die Parteien die Befugniß der Aufhebung des Vertrags in der oben angeführten allgemeinen Fassung verabredeten, ihre Absicht über die Wirkungen der Aufhebung des Vertrags eine verschiedene gewesen sei, je nachdem dieselbe vom Verkäufer oder vom Käufer ausgehen werde.

Daß aber der Verkäufer auch ganz und gar nicht der Ansicht war, er sei berechtigt, den ihm bereits gezahlten Theil des Kaufpreises zu behalten, wird noch dadurch belegt, daß er im ersten Verfahren diesen Anspruch gar nicht geltend gemacht, sondern der Klage des Käufers lediglich Gegenansprüche entgegengestellt hat.

Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen u. Anhalt Bd. 25 (N. F. Bd. 5) S. 138 ff. X.

---

25. Entschädigungsklage wegen unterlassener Schließung der Eisenbahnübergänge bei Herannahung eines Zuges: Schuldvolle Unterlassung*, ursachlicher Zusammenhang zwischen Schaden und Verschuldung**.

*Vgl. Bd. 10 Nr. 165; Bd. 15 Nr. 26; Bd. 31 Nr. 229 u. d. dort. Nachw.; Bd. 32 Nr. 238. — **Vgl. Bd. 33 Nr. 130; Bd. 34 Nr. 21, 249.

Die Pferde des K., welche eben in dessen Hofraum vom Wagen abgespannt werden sollten, gingen, durch einen Schuß scheu geworden, mit dem Wagen durch, rannten auf der Dorfstraße fort zu der in der Nähe des Orts befindlichen Ueberfahrtstelle über die Staatseisenbahn, wo der Bahnwärter N. die angebrachte Zugschranke zu schließen unterlassen hatte, und wurden auf jener Ueberfahrtsstelle von der Maschine eines eben vorüberfahrenden Zugs erfaßt und getödtet. Die von K. gegen den Eisenbahnfiscus erhobene Entschädigungsklage wurde in 2. Instanz abgewiesen, dies Urtheil aber in der Cassationsinstanz vernichtet und in den Entscheidungsgründen im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Wegen der vielen mit dem Betriebe der Eisenbahnen verbundenen Gefahren gehöre es zur Aufgabe des Unternehmers, mit Aufmerksamkeit und Sachkenntniß die Anstalten zu treffen, welche zur Verhütung von Unfällen als nothwendig sich zeigen, nicht bloß zur Sicherung des Bahnbetriebes, sondern auch zum Schutze des Publikums, welches innerhalb gewisser Beschränkungen zur Benutzung der Eisenbahnkörper berechtigt sei und sein Verhalten entsprechend den zu seiner Beschützung getroffenen

Vorkehrungen einzurichten habe. Jene Verpflichtung folge aus dem Grundsatze, daß Jeder seine Handlungsweise, so weit sie in die Vermögensrechte eines Andern eingreifen könne, so zu regeln habe, daß dadurch kein Schaden entstehe, und handle derjenige rechtswidrig, welchem sich das Bewußtsein aufdrängen müsse, daß seine die Rechte Dritter berührende Thätigkeit Schaden herbeiführen könne. Möge daher eine Handlung an sich erlaubt sein, so hafte der Handelnde gleichwohl für jene Gefährdungen, welche durch Nichtanwendung der nöthigen Vorsichtsmaßregeln dem zur Inanspruchnahme des Schutzes Berechtigten zugegangen seien. Jene Verpflichtung werde von der bayr. Bahnverwaltung thatsächlich dadurch anerkannt, daß sie auf ihren Bahnen die zur Abwendung von Unfällen für nothwendig erachteten Vorkehrungen anbringe und über den zweckdienlichen Gebrauch derselben Instructionen an die Bediensteten erlasse. Insbesondere seien an den Uebergangsstellen Sicherheitsschranken angebracht, um bei herannahenden Zügen rechtzeitig geschlossen zu werden, während die nichtgeschlossene Schranke zum Zeichen diene, daß die Uebergangsstelle ohne Gefahr überschritten werden könne. Das Schließen der Schranke gehöre zu den wichtigsten und verantwortungsvollsten Obliegenheiten des Bahnpersonals. Deshalb sei das Unterlassen dieses Schließens dem betreffenden Bahndiener, welcher diese Vernachlässigung ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit hätte vermeiden können, zum groben Verschulden anzurechnen, und daß der Staat (als Inhaber des Eisenbahnbetriebes) aus dem Versehen seiner Bediensteten haftbar sei, sei gar nicht bestritten.

Wohl sei die Verpflichtung der Bahnverwaltung, jene schützenden Maßregeln zu treffen, nicht in einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift begründet; sie ergebe sich aber als die nothwendige Folge der Ausübung eines mit Gefahren für Andere verbundenen Unternehmens nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und den gesetzlichen Bestimmungen über das vertretbare Verschulden von selbst und lasse sich dagegen nicht einwenden, der Staat sei auf seinem Grund und Boden zur Errichtung solcher Anstalten nicht verpflichtet, da das Publikum zufolge Anlage der Eisenbahnen genöthigt sei, die an den Uebergangsstellen über den Bahnkörper sich fortsetzenden Straßen für den öffentlichen Verkehr zu benutzen, in Ausübung dieses, wenn auch nur beschränkten, Mitbenutzungsrechts aber Anspruch darauf habe, daß ihm durch den von Seiten des Bahneigenthümers gleichzeitig gemachten Gebrauch kein Schaden zugefügt werde.

Daß sich das Publikum gegen die mit dem Eisenbahnbetriebe verbundenen Gefahren, was bei einiger Vorsicht möglich sei, selbst schützen müsse, könne mit Hinblick auf die aus dem Bahneigenthum entspringenden Rechte nur so weit zugegeben werden, als dem Publikum die Pflicht obliege, die Bahn nicht an anderen, als an den Uebergangsstellen, und an diesen nicht eher als die Schranken von den Bahnbediensteten geöffnet seien, zu

überschreiten; hieraus folge aber nicht, daß die Bahnverwaltung überhaupt nicht zur Anbringung und Handhabung von Schutzvorrichtungen an den für den allgemeinen Gebrauch offen gelassenen Kreuzungsstellen verpflichtet sei, sowie auch die Betrachtung, als würden die Schranken nur zur Warnung des Publikums geschlossen, nicht zur Widerlegung, sondern nur zur Bestätigung dafür diene, daß es zu den Obliegenheiten der Bahnverwaltung gehöre, an den mit Gefahren bedrohten Uebergangsstellen entsprechende Vorsichtsmaßregeln zu treffen und zur angemessenen Zeit auszuüben.

Damit widerlege sich auch, den die Ersatzpflicht bedingenden Causalnexus betreffend, die Ansicht des Zweitrichters, daß die Schuld an dem entstandenen Schaden nicht den Bahndiener, sondern den Urheber jenes Schusses treffe, in Folge dessen die Pferde scheu geworden, durch die offen stehende Durchfahrt auf die Bahn gelangt und dort vom Zuge erfaßt worden seien. Denn gerade das Gelangen der Pferde durch die offen gelassene Durchfahrt auf die vom Bahnzug bedrohte Uebergangsstelle sei jene der eingetretenen Beschädigung nächstliegende Thatsache, welche der verpflichtete Bahndiener zu vertreten habe, sofern ihm diese Unterlassung der Erfüllung seiner Dienstpflicht zum vertretbaren Verschulden angerechnet werden müsse.

Die Möglichkeit, daß die scheu gewordenen Pferde auch bei geschlossener Schranke links oder rechts von derselben auf das Bahngeleise hätten gelangen können, könne nicht in Betracht kommen. Eben so wenig, daß die Möglichkeit eines Durchbrechens der durchgegangenen, schnell dahin rennenden Pferde durch die Schranke, auch wenn sie geschlossen gewesen, nicht ausgeschlossen gewesen sei. Unerheblich sei auch, daß der Eigenthümer der Pferde nicht die Absicht gehabt habe, damals mit seinem Fuhrwerk den Bahnübergang zu überschreiten, sowie die Vermuthung, bei langsamerem Herannahen des Fuhrwerkes würde dem Bahndiener die Schließung der Schranke noch möglich gewesen sein; denn die Absperrung hätte in der durch die Dienstinstruction vorgeschriebenen Zeit geschehen müssen und von dem Bahndiener nicht nach seinem Ermessen verzögert werden dürfen.

Unrichtig sei ferner der Satz, für einen durch Zufall entstandenen Schaden hafte immer derjenige, welcher die erste Gelegenheit dazu gegeben habe. Damit für einen zufälligen Schaden ein Anderer hafte, müsse feststehen, daß der Zufall als Folge eines vorausgegangenen Verschuldens des Andern gewirkt habe. Träten aber mehrere der Zeit nach auf einander folgende Verschuldungen ein, so gelte der im Aquilischen Gesetz begründete Satz, daß nicht aus der vorausgegangenen, sondern aus der letzten Verschuldung die Haftung für den verursachten Schaden auszusprechen sei, und würde selbst dann, wenn mehrere Verschuldungen erst durch ihr Zusammentreffen die schädliche Wirkung erzeugt hätten, jedenfalls solidarische Haftung,

nicht aber Befreiung desjenigen, welcher das letzte Verschulden begangen, Platz zu greifen haben. Vgl. fr. 11 § 3, fr. 15 § 1 ad leg. Aquil. 9. 2; v. Bangerow Pand. Bd. 3 § 681 Anm. 2; Windscheid Pand. Bd. 2 § 258 Not. 15.

Erk. des obersten Gerichtshofes f. Bayern v. 11. Decbr. 1877. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 43 S. 41 ff. X.

---

26. Actio aquae pluviae arcendae; Anwendung auf die Verpflichtung zur Offenhaltung gemeinschaftlicher Grenzgräben.

Vgl. Bd. 1 Nr. 68, 167; Bd. 9 Nr. 160; Bd. 17 Nr. 48; Bd. 34 Nr. 122.

Nach der Klage hatte der Beklagte das zur Wiesenberieselung von ihm benutzte Stauwasser in einen zwischen seiner und der klägerischen Wiese belegenen gemeinschaftlichen Graben (bei der Separation der Feldmark mit Nr. 543 bezeichnet) abgeleitet und sollte eine Versumpfung der letzteren in Folge davon eingetreten sein, daß dieser Graben den vermehrten Wasserzufluß abzuführen nicht im Stande sei. In 1. Instanz war dem Beklagten der Einredebeweis nachgelassen: „daß Ueberschwemmungen der Wiese des Klägers nur stattfinden können, wenn der Graben Nr. 543 nicht offen gehalten werde, und selbiger die Oeffnung dieses Grabens versäume". In 2. Instanz wurde dieser Beweis als unzulässig gestrichen, und in der Revisionsinstanz die letztere Entscheidung aus folgenden Gründen bestätigt:

„Aus den Parteivorträgen ergiebt sich, daß der die Wiesen der streitenden Theile scheidende Grenzgraben Nr. 543 bei der Separation der betreffenden Feldmark angelegt und zur Aufnahme bzw. Abführung der atmosphärischen Niederschläge (und zwar mittelst des Hauptgrabens Nr. 523) bestimmt ist. . . . Es ist sodann nicht festgestellt, ob der Graben Nr. 543 im Miteigenthum der Parteien steht, oder ob jedem der beiden Adjacenten das Terrain bis zur Mitte des Grabens zugehört bzw. schon vor der Verbreiterung (welche . . . von beiden Theilen, je um 2 Fuß, vorgenommen ist) zugehört hat; doch kommt hierauf angesichts der Bestimmung des Grenzgrabens zur Abführung des Regenwassers von beiden Nachbargrundstücken schwerlich etwas an. Ueber die Verpflichtung zur Erhaltung des Grabens im bestimmungsmäßigen Zustande, also insbesondere über die Reinigungs- (Offenhaltungs-) Pflicht, sind etwaige bei der Anlage, also bei Gelegenheit der Separation, getroffene Bestimmungen nicht beigebracht. Es ist daher auf allgemeine Grundsätze zurückzugehen.

Das röm. Recht stellt bekanntlich dem natürlichen Ablaufe des Regenwassers denjenigen künstlichen Zustand bezüglich desselben gleich, welcher entweder auf vetustas oder auf einer lex (agrorum) beruht (fr. 1 § 23,

fr. 2 pr. de aqua et aquae pluv. arc. 39. 3), und ſchützt dieſen wie jenen Zuſtand mittelſt der aquae pluviae arcendae actio, welche als actio directa und als actio utilis vorkommt. Ob dieſer Schutz, welcher zunächſt zur Sicherung gegen dem Nachbar ſchädliche willkürliche Veränderungen dient, ſo weit geht, daß auch dann Wiederherſtellung verlangt werden kann, wenn die (rechtlich geſchützte) Anlage im Laufe der Zeit von ſelbſt verfällt, während ſie durch beſtimmte Thätigkeit (Ausbeſſerung, Reinigung) hätte erhalten werden können, — ob insbeſondere derjenige, auf deſſen Grund und Boden die Anlage ſich befindet oder der Ausbeſſerung bedarf, die Wiederherſtellung auf ſeine Koſten zu übernehmen oder nur zu leiden hat, daß der dabei intereſſirte Nachbar ſie auf eigene Koſten herſtelle, hierüber geben die Quellen keine ganz genügende Auskunft. Die fr. 6 § 7, fr. 4 §§ 2 u. 3, fr. 5, vgl. mit fr. 7 pr. § 1 u. fr. 12 h. t. beziehen ſich, wenn ſie die Reſtitutionspflicht dem patientiam praestare entgegenſtellen, nur auf den Gegenſatz zwiſchen den vom Eigenthümer ſelbſt und den von Dritten auf deſſen Grundſtücke vorgenommenen Veränderungen, bzw. auf verwandte Fragen.

Vgl. Heſſe die Rechtsverhältniſſe der Grundſtücksnachbaren I. S. 246 f.; Endemann das ländliche Waſſerrecht S. 105.

Näher ſteht der vorliegenden Frage fr. 2 §. 2 eod., welches indeſſen nur ſagt, daß bei einem (wohl in gemeinſchaftlichem Eigenthum ſtehenden) Grenzgraben der eine Betheiligte zu geſtatten habe, daß der andere auf ſeiner Seite die Reinigung vornimmt; desgl. fr. 11 § 6 und fr. 2 §§ 5 und 6 eod., wonach bei durch Naturereigniſſe veranlaßten Veränderungen des natürlichen oder des durch lex oder vetustas feſtgeſtellten ſonſtigen Zuſtandes der Eigenthümer höchſtens verpflichtet iſt, die Wiederherſtellung auf ſeinem Grund und Boden zu geſtatten. Allein etwas Anderes, als die durch beſondere Naturereigniſſe herbeigeführte Veränderung, iſt der durch Unthätigkeit eingetretene Verfall einer den Abfluß des Regenwaſſers regelnden Anlage; auch wird das Gewicht dieſer Stellen durch fr. 2 §§ 4 und 7 eod. (verb. plane si fossam etc.), welche gerade zu Recht beſtehende künſtliche Anlagen betreffen und die Refectionspflicht des Eigenthümers beſtimmt ausſprechen, erheblich abgeſchwächt.

Vgl. hierüber *Cujac.* in Lib. 49 Pauli ad Edictum sub fr. 2 h. t.; Schneider in der Zeitſchrift f. Civilrecht u. Proceß Bd. 5 S. 339 f.; Elvers Themis N. F. I S. 527 f.; Heſſe a. a. O. S. 215 f., S. 248 f., S. 254 f.; Endemann a. a. O. S. 101, 105, 108, 111; Windſcheid Pand. II. § 473 Nr. 3; Seuffert Arch. Bd. 1 Nr. 167.

In der That wird die Entſcheidung mehr oder weniger von den Umſtänden des einzelnen Falles abhängen; namentlich wird in ſolchen Fällen wo es ſich, wie hier, um einen auf obrigkeitlicher Anordnung (lex in dieſe

Sinne, ſ. v. Savigny Syſtem IV. S. 488; Heſſe a. a. O. I. S. 204) oder auf Privatübereinkunft der Betheiligten (vgl. Endemann a. a. O. S. 109 ff.) beruhenden Zuſtand handelt, die Beſtimmung der Anlage entſcheiden, insbeſondere ob dieſelbe lediglich dem Intereſſe nur Eines der Adjacenten (ſervitutähnliches Verhältniß, bei dem ſchon nach dem Grundſatze servitus in faciendo consistere nequit nur von einem patientiam praestare die Rede ſein kann [fr. 1 § 23, fr. 2 § 1 eod.]) oder dem der mehreren Betheiligten, bzw. einer zwiſchen denſelben conſtituirten communio dienen ſoll.

Vgl. *Donelli* Comm. iur. civ. Edit. *Bucher* Lib. 15 c. 48 § 9; Schneider a. a. O. S. 528; Heſſe a. a. O. I. S. 256, vgl. II. S. 241 f.; ſ. auch Seuffert Archiv Bd. 9 Nr. 160, Bd. 17 Nr. 8, Bd. 21 Nr. 214, Bd 26 Nr. 108.

Darnach kann es aber im vorliegenden Falle, wo der bei der Separation hergerichtete Grenzgraben die Beſtimmung hat, die Niederſchläge von den beiderſeitigen Grundſtücken abzuführen, und wo auf die Erhaltung des iure beſtehenden und für die Dauer berechneten Zuſtandes beide Anlieger gleiches Intereſſe und gleichen Anſpruch haben, nicht zweifelhaft ſein, daß jeder Theil die Offenhaltung des Grabens an ſeiner Seite bis zur Mitte ſelbſt und auf eigene Koſten zu beſorgen hat und dazu, ſofern das Intereſſe des andern Theils dies erfordern ſollte, mit der erwähnten, ſei es der directen ſei es der utiliter gegebenen (fr. 1 § 23, fr. 2 § 5 h. t.) Klage angehalten werden kann.

Allein ebenſo gewiß verſteht es ſich von ſelbſt, daß dieſe Laſt dem Kläger wie dem Beklagten an und für ſich nur inſoweit obliegt, als es der beſtimmungsmäßige Zweck der Anlage, hier die Abführung der atmoſphäriſchen Niederſchläge, erfordert, daß alſo auch vom Kläger eine Reinigung überhaupt nicht erzwungen werden kann ſo lange der Graben auch ohne das ſeinen Zweck erfüllt, bzw. die Unterlaſſung der Reinigung auf der Seite des Klägers nur dieſem, nicht aber dem Beklagten nachtheilig iſt. Daß den Kläger in dieſer Beziehung und Beſchränkung ein Vorwurf treffe, iſt vom Beklagten nirgends behauptet; auch kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß der hier fragliche Grenzgraben, zumal nach ſeiner nicht unerheblichen Verbreiterung, ſeine Beſtimmung nur dann zu erfüllen geeignet ſei, wenn er einer beſonderen, z. B. über die Wegnahme des beiden Theilen an ihrem Theile zuſtehenden Graswuchſes hinausgehenden Reinigung unterworfen wird.

Vielmehr beruft ſich der Beklagte auf eine über die beſtimmungsmäßige Erhaltung des Grabens hinausgehende, nämlich die Abführung der von ihm künſtlich über ſein Wieſengrundſtück geleiteten Abwaſſer des Hauptgrabens Nr. 523 begreifende Refectionspflicht des Klägers und findet in der Unterlaſſung dieſer Pflicht ein Verſchulden deſſelben, welches den Beklagten hinſichtlich der durch die abgeleiteten Abwaſſer angeblich herbeigeführten Verſumpfung der klägeriſchen Wieſe entlaſte.

Daß dieser Anspruch ein unbegründeter ist, muß mit dem angefochtenen Erkenntniß als zweifellos angenommen werden. Derselbe würde zuvörderst voraussetzen, daß der Beklagte unter allen Umständen, der Vorschrift im § 88 Nr. 2 des (braunschweigschen) Wassergesetzes [1]) zuwider (denn das in den gemeinschaftlichen Graben Nr. 543 abgeleitete Stauwasser berührt das klägerische Grundstück) zur Ableitung des Wassers in diesen Graben befugt sei, wofür ein anderer Titel, als etwa der in den Vorinstanzen mit Recht verworfene Titel der Ersitzung nicht angeführt ist. Aber auch selbst wenn eine solche Befugniß angenommen werden dürfte, so kann doch nach dem Obigen weder nach gemeinem Rechte, noch nach § 49 unter b des Wassergesetzes (weil bezüglich dieser Benutzung der Beklagte allein als Unternehmer anzusehen sein würde) bezüglich einer solchen, nur im Interesse des Beklagten geschehenden Benutzung einer vorhandenen, auf dem Grundstücke des Klägers mitvorhandenen Anlage, wie des Grenzgrabens Nr. 543, davon die Rede sein, daß der Letztere zu einem Mehr, als dem pati reficere verpflichtet sein könnte. Das Unterlassen einer Thätigkeit, zu welcher er nicht verpflichtet ist, kann ihm daher unmöglich als ein Verschulden angerechnet werden."

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 13. Mai 1879 i. S. Meyer w. Rischau, wegen Eigenthumsbeeinträchtigung ꝛc. (D.)

---

27. Grund der Alimentationsverbindlichkeit des außerehelichen Vaters*; Berufung eines der mehreren Concumbenten auf die seitens eines zweiten geschehene Anerkennung der Vaterschaft und der Verbindlichkeit zur Alimentation**.

*Vgl. Bd. 32 Nr. 3 u. d. dort. Nachw. — **Vgl. Bd. 9 Nr. 167; Bd. 11 Nr. 199; Bd. 13 Nr. 253. Auch Bd. 22 Nr. 288 u. d. dort. Nachw.

„Zur Begründung der verfolgten Nichtigkeitsbeschwerde hat der Beklagte geltend gemacht, daß er nicht als außerehelicher Erzeuger des von dem Kläger bevormundeten Kindes zur Zahlung von Alimenten habe verurtheilt werden dürfen, da 1) die Mutter des Kindes in dem Scheine vom 27. April 1876 erklärt habe, daß das letztere nicht von dem Beklagten herrühre; 2) zufolge des Alimentenvertrags vom 11. December 1874 bereits die Vaterschaft des Arbeitsmanns B. festgestellt sei.

---

[1]) Hier heißt es: „Das von dem Eigenthümer eines Grundstücks aus einem Privatgewässer abgeleitete und unverbrauchte Wasser ist, bevor es ein fremdes Grundstück berührt, in das ursprüngliche Bett zurückzuleiten, es wäre denn, daß durch eine andere Ableitung den übrigen Wassernutzungsberechtigten kein Nachtheil zugefügt würde."

Das vorige Erkenntniß hat jener Erklärung der Mutter jede Wirksamkeit für den vorliegenden Proceß abgesprochen, und ist der dafür angegebene Grund, daß nur der gesetzliche Vertreter des Kindes über dessen Anspruch auf Alimente disponiren könne, vom Beklagten nicht widerlegt.

Den Alimentationsvertrag hat das vorige Erkenntniß deshalb für bedeutungslos erklärt, weil nach der hiesigen Praxis, in Berücksichtigung, daß dieselbe die der Klage auf Alimentation unehelicher Kinder entgegengesetzte exceptio plurium concumbentium verwerfe, der Rechtsgrund der Alimentationsverbindlichkeit in der Thatsache des Beischlafs zu suchen sei. Jeder von mehreren Concumbenten als möglicher Vater hafte, da die einzelnen Verbindlichkeiten, insofern dieselben völlig selbstständig und auf dieselbe nur einmal zu fordernde Leistung gerichtet seien, als Solidarobligationen sich darstellten, bei derartigen Obligationen aber die Feststellung der Verpflichtung des einen Schuldners — ein Mehreres sei in dem Alimentenvertrage nicht zu finden — vor vollständiger Erfüllung derselben die übrigen nicht befreie.

So richtig das Letztere ist, so kann doch der Annahme, daß es sich im vorliegenden Falle um eine Solidarobligation handle, nicht beigetreten werden. Der Fehlgriff beruht darauf, daß ein nur die Beweisfrage treffender Rechtssatz zu einer das Rechtsverhältniß selbst umgestaltenden Norm gestempelt ist.

Nach der zur Zeit herrschenden Meinung wird die Verbindlichkeit des Stuprators zur Alimentirung des unehelichen Kindes durch dessen Erzeugung begründet, sei es nun, daß man die Obligation unmittelbar an diese Thatsache anknüpft,

Zeitschrift für Civilrecht und Proceß V. S. 310 ff., insbes. S. 313, N. F. I. S. 133 ff.; Archiv für die civilistische Praxis Bd. 23 S. 220 ff.; Seuffert Archiv Bd. 6 Nr. 47,

oder daß man den tieferen Grund der Obligation in einem Verwandtschafts- oder einem ähnlichen Verhältnisse findet.

Archiv für prakt. Rechtswissenschaft N. F. VIII. S. 184; Bekker u. Muther Jahrbuch VI. S. 371; Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß XVII. S. 332, N. F. IV. S. 144; Archiv für d. civilist. Praxis Bd. 14 S. 435 ff., Bd. 17 S. 77 ff., Bd. 46 S. 218; Seuffert Archiv Bd. 4 Nr. 255, Bd 11 Nr. 43.

Diese Meinung liegt auch der hiesigen Praxis zum Grunde. — — —

Um den Schwierigkeiten des Beweises der Erzeugung zu begegnen, hat die Praxis, insbesondere auch der hiesigen Gerichte, die bezüglich der ehelichen Kinder aufgestellte Präsumtion aus der Zeit der Geburt auf uneheliche Kinder übertragen und den Beweis eines Indiciums, des Beischlafs innerhalb der kritischen Zeit, statt des Beweises der Erzeugung selbst für genügend erachtet. Damit ist keineswegs der Beischlaf für sich resp. die aus demselben resultirende Möglichkeit der Erzeugung zum eigentlichen

Rechtsgrunde erhoben. Die betreffende Aufstellung von Windscheid (Pand. II. § 475 Not. 18), auf welchen das vorige Erkenntniß sich beruft, kann nur als ein verunglückter Versuch angesehen werden, verschiedene von der Praxis herausgebildete Gestaltungen des in Rede stehenden Rechtsverhältnisses, insbesondere auch die von der Praxis, im Gegensatze zu der Theorie, durchgängig adoptirte Verwerfung der exceptio plurium concumbentium theoretisch zu rechtfertigen.

Vgl. gegen Windscheid insbes. Brinz Pand. S. 1296; Archiv für prakt. Rechtswissenschaft N. F. VIII. S. 180.

Die Grundlage der betr. Verbindlichkeit ist auch durch die mit den Gesetzen der Logik allerdings nicht vereinbare Verwerfung jener Einrede nicht umgestaltet. Es ist dies eben so wenig der Fall, wie im röm. Rechte dadurch, daß die in der Ehe erzeugten Kinder favore nuptiarum als eheliche angesehen werden, wenngleich ein Dritter in der kritischen Zeit mit der Ehefrau concumbirt hat, die Möglichkeit der ehelichen Erzeugung zum Rechtsgrunde des ehelichen Kindschaftsverhältnisses gemacht ist.

Freilich ist nun jeder der mehreren Concumbenten gehalten, sich als Erzeuger ansehen und folgeweise zur Alimentirung des Kindes heranziehen zu lassen. Ist indeß eine derartige (alternative, nicht cumulative) Verpflichtung bezüglich eines Concumbenten in rechtsverbindlicher Weise festgestellt, so muß sich jeder andere Concumbent zur Abwehr der hinterher gegen ihn erhobenen Alimentenklage — falls ihm nicht eine replica doli entgegengesetzt werden kann — auf diese Feststellung so lange berufen können, als nicht eine nach Maßgabe der allgemeinen Regeln zulässige Anfechtung derselben mit Erfolg stattgefunden hat. Es handelt sich hierbei keineswegs um eine exc. de iure tertii. Beklagter macht nicht ein Recht geltend, welches ein Dritter erworben hat, er beruft sich vielmehr nur auf die Natur der Sache, daß nicht Mehrere Erzeuger des Kindes sein können.

Vgl. Gett die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft ꝛc. S. 187 Anm. 327, vgl. auch die Entscheidungen des Oberlandesgerichts i. S. Hoppe w. Süpke v. 16. Jan. 1845 u. i. S. Boges w. Hertzer v. 9. Juli 1846, daß die Mutter eines Kindes, welche Jemanden als außerehelichen Vater des letzteren in Anspruch genommen, ohne den Nachweis eines Irrthums nicht befugt sei, einen Dritten zur Leistung von Alimenten heranzuziehen; Entscheidungen, welche mit der Annahme von Solidarobligationen nicht verträglich sind.

Allerdings ist die entgegengesetzte Meinung, wie die Citate des vorigen Erkenntnisses ersehen lassen, in Theorie und Praxis nicht unvertreten geblieben; indeß jene Meinung ist theils ohne weitere Begründung adoptirt, theils liegt ihr die oben verworfene Möglichkeits- oder die ebenso unhaltbare, zur Zeit nur noch selten vertretene Delicts-Theorie zum Grunde, eine Theorie, welche auch nicht annehmbarer gemacht ist durch die vom Vertreter

des Klägers in der heutigen Verhandlung aufgestellte Behauptung, daß nicht ein Delict gegen das Kind, sondern gegen die bürgerliche Ordnung vorliege, da dieser Begründung schon der Umstand entgegentritt, daß dann die Ersatzforderung einem Andern zustände, als dem in der That Verletzten.

Dem Vorstehenden nach ist die Berufung des Beklagten auf den fraglichen Alimentenvertrag für zulässig zu erachten, falls dieser als ein an sich rechtswirksamer Act angesehen werden kann." . . .

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 30. Mai 1879 i. S. K., Vormund, w. W., wegen Alimente. (D.)

---

28. Die Alimentenklage der unehelichen Mutter ist nicht durch die Unmöglichkeit der Ehelichung ausgeschlossen.

Der verurtheilte Schwängerer machte in 3. Instanz geltend, er habe der Klägerin die Heirath angeboten, also sich bereit erklärt, statt ihr Beihülfe zur Alimentation des Kindes zu gewähren, dasselbe als eheliches vollständig zu alimentiren, die Klägerin habe aber durch die Weigerung, ihn zu heirathen, auf jene Beihülfe verzichtet, und durch anderweite Heirath ihn von der Pflicht, durch die Alimentationsbeiträge wie durch die Dotirung eine solche zu ermöglichen, befreit.

Es wurde erkannt: „Der aus dem canonischen Rechte (c. 1, 2 X. de adult. et stupro) hergeleitete Satz: aut duc aut dota findet ausschließlich Anwendung auf dem Gebiete der Satisfactionsklage, auf welchem er auch allein entstanden ist. Die auf dieser Grundlage durch die Praxis dem Stuprator zugestandene Befugniß, sich durch Heirath der Geschwächten der Abfindung zu entziehen, läßt sich bei fehlender Gleichheit des Grundes auch nicht analog auf die Alimentationsansprüche der Mutter für ihr außereheliches Kind anwenden. Denn wenn auch, insbesondere nach der Rechtsprechung der vormals kurhessischen Gerichte die Mutter befugt erscheint, die Alimente für die ersten Lebensjahre des Kindes kraft eigenen Rechtes klagend zu verfolgen, so bleibt die Grundlage hierfür doch immer die Alimentationsverbindlichkeit ihres Schwängerers gegenüber dem Kinde und die Mutter erscheint nur insofern zu ihrer unmittelbaren Geltendmachung berufen, als ihr während der ersten Lebensjahre des Kindes dessen Ernährung obliegt, und im Anschlusse an dies natürliche Verhältniß die Alimentationsverbindlichkeit des außerehelichen Vaters sich zu einer Verabreichung der Alimentationsbeiträge unmittelbar an die Mutter gestaltet hat.

So wenig daher dieser Anspruch den sonstigen Voraussetzungen der Satisfactionsklage unterliegt, eben so wenig kann das nur auf dem Gebiete der letztern für den Stuprator erwachsene Wahlrecht auf die Verfolgung

der zur Ernährung des Kindes der Mutter zu verabreichenden Alimentationsbeiträge übertragen werden."

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 4. März 1879 i. S. Nickel w. Staub (hessische Sache). (S.)

---

29. Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 § 2. Die dem Verletzten günstigeren Bestimmungen des Landesrechts bleiben neben dem Entschädigungsanspruch aus § 2 des Gesetzes anwendbar.

Vgl. Bd. 32 Nr. 68.

. . . „Der Appell.-Richter hat zwar nicht für nöthig gefunden, sich darüber, wen er für den wirklichen Urheber des Schadens, welcher doch die beklagte Actiengesellschaft als nichtphysische Person nicht sein konnte, betrachte, auszusprechen, er hat aber gerade dadurch zu erkennen gegeben, daß er an der Praxis, nach welcher die Klage aus dem aquilischen Gesetz auch gegen juristische und diesen gleich zu behandelnde Personen wegen durch ihre Repräsentanten verursachten Schadens in gleicher Weise, wie bei physischen Personen wegen eigenen Verschuldens, zugelassen wird (vgl. z. B. Seuffert Archiv Bd. 4 Nr. 119 und Bd. 8 Nr. 53), festhalten wollte. Hiernach könnte in seinem Urtheil (durch welches dem Kläger neben der Entschädigung für Verdienstentgang noch ein Schmerzensgeld zuerkannt wurde) die gerügte Verletzung der §§ 2 u. 3 des Reichshaftpflichtgesetzes nur dann gefunden werden, wenn es richtig wäre, daß nach diesem Gesetze in den Fällen, auf welche § 2 desselben Anwendung leidet, ein weitergehender Schadensersatz als der im § 3 daselbst begründete, auch dann nicht beansprucht werden kann, wenn ein solcher in den Landesgesetzen begründet sein sollte. Hiervon geht denn auch die Nichtigkeitsbeschwerde aus und konnte sich dabei auf die Rechtsanschauung des 1. Senats des ROHG. in den Urtheilen vom 14. März 1876 [Entsch. Bd. 19 Nr. 114 S. 396 ff.[1])] und vom 19. Mai 1876 beziehen. Bei der aus Anlaß der vorliegenden Sache am 4. ds. Mts. erfolgten Plenarberathung ist jedoch die jenen Urtheilen zu Grunde liegende Ansicht nicht aufrecht erhalten worden. Hierbei schlug die Erwägung durch, daß der Wortlaut von § 9 des Gesetzes, wenn er auch die Ansicht des 1. Senats zu unterstützen scheine, doch bei dem Umstande, daß das Wort „außer" häufig auch in der Bedeutung von „abgesehen von" gebraucht werde, nicht als ausschlaggebend betrachtet werden könne, wenn die sonst zu Gebote stehenden Interpretationsmittel zu einer andern Auslegung

[1]) Mitgetheilt in diesem Archiv Bd. 32 Nr. 68.

führen, daß dieses aber nach der Entwicklungsgeschichte des Gesetzes der Fall sei. Aus den bezüglichen Quellen

(zu vergl. die §§ 7 u. 8 des ersten Entwurfs von Achenbach u. Herz, der Bericht des Justizausschusses vom 16. März 1870, die Anträge Braunschweigs vom 20. und Badens vom 24. Febr. 1871, der Bericht des Justizausschusses vom 14. März 1871, das Protocoll über die Plenarsitzung des Bundesraths vom 24. dss. Mts. in den Drucksachen des Bundesraths und die Reichstagsverhandlungen von 1871 Bd. 2 S. 507 u. 624, Bd. 3 S. 68)

ergiebt sich als unzweifelhaft, daß es von Anfang an und bis zu der Plenarsitzung des Bundesraths vom 24. März 1871 die Absicht war, sowohl für die Fälle, in welchen die Haftung des Unternehmers für eigenes Verschulden, als für jene, in welchen seine Haftung für das Verschulden eines Repräsentanten in Anspruch genommen wird, dem Beschädigten die höheren Ersatzansprüche zu wahren, welche ihm etwa das Landesrecht gewähren sollte. Wenn nun auch nicht zu verkennen ist, daß durch die in jener Plenarsitzung gefaßten Beschlüsse, durch welche der Entwurf des Gesetzes in den bezüglichen Stellen die gegenwärtige Fassung des letzteren erhielt, der bis dahin klare Ausdruck jener Absicht verdunkelt wurde, so kann doch, da das Sitzungsprotocoll über die Gründe der an dem Vorschlage des Ausschusses vorgenommenen Aenderungen keinen Aufschluß giebt, ein Aufgeben der bis dahin bestandenen Absicht um so weniger angenommen werden, als der Anstoß zur Abänderung des Ausschußentwurfs bei § 3 desselben, nach dem Protocoll, von Braunschweig ausging, auch in dem Protocoll nicht bemerkt ist, daß bei der unmittelbar darauf erfolgten Abstimmung über § 7 (jetzt 9) die dort beliebte, mit jener im Zusammenhang stehende Aenderung von einer anderen Seite her beantragt gewesen sei, gerade Braunschweig aber sich in seinem Antrage vom 20. Februar 1871 damit, daß die Cumulation der Klage aus dem Landesrechte mit der Klage aus dem Reichsgesetze allgemein zugelassen werde, entschieden einverstanden erklärt hatte. Es ist vielmehr anzunehmen, daß nur eine Redactionsänderung bezielt wurde, und weist darauf auch der Schlußsatz der dem Reichstage mitgetheilten Motive zu § 7 (jetzt 9) hin, wie nicht minder die Tendenz des Gesetzes, durch welches insbesondere im § 2 lediglich zu Gunsten der von einem Unfall Betroffenen eine in den Landesrechten für den Fall, daß der Unfall durch Verschulden eines Repräsentanten des Betriebsunternehmers herbeigeführt wurde, vielfach bestehende Lücke ausgefüllt werden sollte. Die Absicht, den Betroffenen in den Fällen des gedachten § 2 da, wo ihm das Landesrecht weitergehende Ansprüche giebt, als der § 3 des Reichsgesetzes, diese zu entziehen, ist weder im Bundesrath noch im Reichstage angedeutet worden, während dieselbe, wenn sie bestanden hätte, zu einer besonderen Betonung und Rechtfertigung Veranlassung gegeben haben würde. Auf Grund dieser Erwägungen hat das Plenum

des ROHG. anläßlich der vorliegenden Streitsache als Präjudiz angenommen:

„Die Anwendung der dem Beschädigten günstigeren Bestimmungen der Landesgesetze hinsichtlich des Umfangs des Schadensersatzes ist auch in den Fällen, welche unter § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes fallen, nicht ausgeschlossen."

— — —

Aus den Gründen eines Erk. des ROHG. zu Leipzig (3. Sen.) vom 9. Januar 1879 auf Grund eines Plenarbeschlusses vom 4. dss. Mts. in der bayr. Sache Innstadt-Brauerei Passau w. Vogt. Entsch. Bd. 24 S. 311 ff.

30. Reichshaftpflichtgesetz § 3 u. 7. Wiederverheirathung der Wittwe des Getödteten hebt deren Recht zum Fortbezug der Entschädigungsrente rechtlich nicht auf.

Vgl. Bd. 30 Nr. 32 unter Ziffer 1.

Als die Wittwe des beim Betrieb der Eisenbahn Getödteten wieder heirathete, verlangte die zu einer Entschädigungsrente an dieselbe früher verurtheilte Eisenbahndirection Aufhebung, event. Minderung der zuerkannten Rente. In zwei Instanzen wurde auf Minderung der Rente von 500 auf 200 Frcs. erkannt und die Klage im Uebrigen abgewiesen. Der Cassationsrecurs der Klägerin wurde aus folgenden Gründen verworfen:

In Erwägung . . . daß das Reichshaftpflichtgesetz im § 3 demjenigen, dem vermöge Gesetzes vom Getödteten Unterhalt zu gewähren war, das Recht giebt, insoweit Ersatz zu fordern, als ihm in Folge des Todesfalles der Unterhalt entzogen worden ist, daher das Recht, diesen Schadensersatz zu verlangen, so lange und insoweit besteht, als 1) das Bedürfniß des Unterhalts vorhanden ist und 2) die Entziehung des Unterhalts durch den Todesfall verursacht erscheint;

daß, was die zur Zeit des Todes unterhaltsberechtigte Ehefrau anbelangt, die letztere Voraussetzung auch später immer zutrifft, da ihr Recht auf Unterhalt weder ein bedingtes noch zeitlich beschränktes ist, das auch ohne den Todesfall aufgehört haben würde, vielmehr ihr dasselbe (abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Fall einer Ehescheidung) für die ganze Lebenszeit des Ehemanns zustand, weshalb ihr Recht, Schadensersatz wegen Entziehung dieses Unterhalts zu verlangen, so lange und in dem Maße fortdauern muß, als sie thatsächlich unterhaltsbedürftig ist;

daß folgerichtig auch die Wiederverheirathung nur insofern in Betracht kommen kann, als durch dieselbe thatsächlich das Bedürfniß des Unterhalts wegfällt oder sich mindert, nicht aber insofern, als die Unter-

haltspflicht des getödteten Ehemannes als erloschen und die Entziehung des Unterhalts nicht mehr als durch den Todesfall verursacht betrachtet werden darf;

daß, wäre der getödtete Mann am Leben geblieben, selbstverständlich eine Wiederverheirathung nicht hätte stattfinden können, vielmehr der Ehefrau die Rechte auf Unterhalt, wie sie zur Zeit des Todes bestanden, verblieben sein würden, hieraus aber folgt, daß allerdings die Entziehung des Unterhalts auch nach der Wiederverheirathung als durch den Todesfall verursacht gelten muß;

daß nach diesen Principien, welche übrigens vom ROHG. bereits anerkannt sind (Entsch. Bd. 22 S. 347), der Appell.-Richter, indem er erkannte, die Wiederverheirathung der Klägerin komme nur bezüglich des Maßes der ihr ferner zu gewährenden Entschädigung in Betracht, weder die Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes noch den Art. 214 Code civil verletzt hat.

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 12. Novbr. 1878 i. S. Reichseisenbahn w. John. Entscheidungen Bd. 24 S. 366 ff.

---

31. Reichshaftpflichtgesetz § 7 Abs. 2. Hat das die früher zuerkannte Entschädigungsrente herabmindernde Urtheil constitutive oder nur declaratorische Kraft?

In dem in der vorigen Nummer erwähnten Fall hatte die Beklagte sich am 7. April 1875 wieder verheirathet. In der am 28. Mai 1877 angestellten Klage verlangte die Klägerin neben Aufhebung ev. Minderung der Rente noch Rückzahlung des seit der Wiederverheirathung ohne Rechtsgrund Gezahlten. In zwei Instanzen wurde nur auf Minderung der Rente vom 1. Juni 1877 an gerechnet erkannt, und die Klage im Uebrigen abgewiesen. Der dagegen von der Klägerin eingelegte Cassationsrecurs wurde aus folgenden Gründen verworfen:

in Erwägung, was das Begehren auf Rückzahlung des Zuvielgezahlten betrifft:

daß nach § 7 Abs. 2 des Gesetzes der Verpflichtete jederzeit die Aufhebung oder Minderung der Rente fordern kann, wenn diejenigen Verhältnisse, welche die Zuerkennung der Höhe der Rente bedingt haben, inzwischen wesentlich verändert sind;

daß die Tragweite dieser Bestimmung davon abhängt, ob das Urtheil, welches die Aenderung der Rente ausspricht, declaratorischer oder constitutiver Natur ist, d. h. ob dasselbe ein Recht, das bereits besteht, feststellt, oder ob es neues Recht schafft; daß nämlich in jenem Fall die Aenderung der Rente schon von dem Zeitpunct an, wo sich die Umstände wesentlich

geändert haben, eintreten muß, in diesem aber erst von dem Zeitpunct an, wo der Richter sie verfügt oder wenigstens um bezügliche Verfügung angegangen ist;

daß die declaratorische Natur der Urtheile die Regel, daher zu prüfen ist, ob im vorliegenden Fall eine Ausnahme anzunehmen;

in Erwägung hierzu: daß aus der Ausdrucksweise des Gesetzes: „der Verpflichtete kann . . . fordern", an und für sich etwas Entscheidendes nicht zu folgern ist, da dieselbe sowohl das Eine wie das Andre bedeuten kann (vgl. Art. 125 und 62 des HGB.);

daß etwas mehr Gewicht den Erläuterungen gebührt, die dasjenige Mitglied des Reichstags, welches die fragliche, im Gesetzentwurf nicht enthaltene Bestimmung beantragte, bei den Reichstagsverhandlungen über Zweck und Sinn derselben gab, daß nämlich erklärt wurde: „es solle bezüglich der Höhe der Rente die Entscheidung des Richters nur ein Interimisticum sein, welches die Entschädigung feststelle, bis wieder der Richter angerufen werde, damit dieser nunmehr die Rente den neuen Verhältnissen entsprechend herabsetze", diese Worte aber keineswegs erkennen lassen, es solle die Rente nur provisorisch bestimmt werden, in der Art, daß sie bei wesentlicher Aenderung der Verhältnisse sich von selbst ändere und durch ein späteres Urtheil erst endgültig zu reguliren sei, vielmehr darauf hindeuten, es solle die Rente zwar nicht für immer, jedoch auf so lange festgesetzt gelten, bis der Richter um Aenderung angerufen werde;

daß aber das durchgreifende Gewicht auf die aus Natur und Zweck der in Frage stehenden Bestimmung sich ergebenden Gründe zu legen ist, welche entschieden dafür sprechen, das Gesetz könne dabei nur eine Regelung des Rechtsverhältnisses für die Zukunft gemeint haben, — daß der Gesetzesentwurf, welcher die fragliche Bestimmung nicht enthielt, offenbar von der Ansicht ausging, es werde, sowohl im Fall der Zusprechung eines Kapitals als im Fall der Zusprechung einer Rente, die Entschädigung auch ihrer Höhe nach endgültig geregelt, — daß daher eine, die Rechtskraft des auf Rente erkennenden Urtheils, wie sie ursprünglich gewollt war, beschränkende Ausnahmebestimmung in Frage steht, weshalb es geboten erscheint, diese Beschränkung der Rechtskraft nicht weiter eintreten zu lassen als der bezügliche Wille des Gesetzes klar erkennbar ist;

daß das Fortwirken der die Höhe der Rente bestimmenden Entscheidung trotz wesentlicher Aenderung der Umstände, an und für sich um so weniger als etwas Abnormes, dem Willen des Gesetzes Widersprechendes erachtet werden kann, als das Gesetz auch jetzt noch dem Richter gestattet, unter Würdigung aller Eventualitäten ein Kapital zuzusprechen, in diesem Falle aber der späteren Aenderung der Umstände jeder Einfluß versagt ist;

daß überdies gewichtige sachliche Gründe gegen eine Auslegung sprechen, zufolge deren die Rechtsstellung des Unterhaltsberechtigten eine höchst u

sichere, derselbe insbesondere ständig der Gefahr ausgesetzt wäre, die Rente, welche er gemäß Urtheilsspruchs bezogen und präsumtiv in gutem Glauben verzehrt hat, je nachdem der später urtheilende Richter Aenderung der Umstände annimmt und deren Einfluß ermißt, ganz oder theilweise zurückzahlen zu müssen. . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 12. Novbr. 1878 in der reichsländischen Sache Reichseisenbahn w. John. Entscheidungen Bd. 24 S. 368 ff.

---

32. Die Cautio damni infecti kann nur wegen Beeinträchtigung eines Rechts, nicht wegen Entziehung bloß thatsächlicher Vortheile verlangt werden. Ein gewisses Maß von Belästigungen muß sich jeder Nachbar gefallen lassen.

Vgl. Bd. 31 Nr. 41 u. d. dort. Nachw. (Auch Bd. 33 Nr. 28.)

Der Eigenthümer eines Hauses an der Hasenstraße in Hannover klagte gegen die Direction der hannoverischen Staatsbahn auf Bestellung einer cautio damni infecti mit der Behauptung, daß die Beklagte im Begriffe stehe und schon damit begonnen habe, in einer Entfernung von nur 4 Metern von seinem Hause auf einem Theile der Hasenstraße und dem daran grenzenden Eisenbahnkörper einen etwa 5 Meter hohen Damm aufzuführen und zur Beförderung von Bahnzügen herzurichten, um sodann auf demselben die nach Lehrte und Göttingen gehenden und von dort kommenden Züge expediren zu lassen; daß ferner der Bau und Betrieb dieser Anlage den Miethwerth des Hauses des Klägers bedeutend herabdrücken, die Fortsetzung seines Gewerbes (Handels mit musicalischen Instrumenten) erschweren, wo nicht unmöglich machen und durch die unvermeidlichen Folgen der demnächst passirenden Bahnzüge (Getöse, Erschütterungen, Staub, Rauch, Funken) das Bewohnen seines Hauses unerträglich oder doch äußerst unangenehm machen werde. . . . Die Klage ward in beiden Instanzen als nicht genügend begründet zurückgewiesen.

Gründe des Berufungsurtheils: Die vom Kläger in erster Instanz aufgestellten Behauptungen hat das angefochtene Urtheil mit Recht für ungenügend zur Begründung der erhobenen Cautionsforderung erklärt. Zwar erscheint die Annahme nicht unbedenklich, daß alle und jede Einwirkungen, welche der Eisenbahnbetrieb der Beklagten auf das Haus des Klägers äußern möge, als Handlungen der Beklagten, im Gegensatze zu dem vitium eines opus, von vorn herein hier außer Berücksichtigung bleiben müßten. Dieses würde sich nur von solchen gefahrbringenden Handlungen annehmen lassen, welche in keinem Zusammenhange mit einem hergerichteten opus solo conjunctum stehen, wogegen solche

Handlungen, in denen nur der fortgesetzte, bestimmungsgemäße Gebrauch des mit dem Grundstücke zusammenhängenden Baues oder sonstigen opus hervortritt, gewissermaßen den Begriff des opus vervollständigen und keineswegs an sich ungeeignet sind, in Verbindung mit dem opus selbst, als das in Betrieb gesetzte Werk, dem Anspruche auf eine cautio damni infecti zum Grunde gelegt zu werden. Nach fr. 27 § 10 ad legem Aquil. 9. 2 kann die Caution verlangt werden wegen der Gefahr, welche die Benutzung eines Ofens für das Nachbarhaus mit sich bringt, und aus fr. 24 § 7 de damno inf. 39. 2 erhellt ebenfalls, daß die Caution auch auf denjenigen Schaden geht, welcher durch eine an sich in unverschuldeter, untadelhafter Weise geschehene Benutzung eines Ofens angerichtet wird, während doch weder Gefahr, noch Schaden aus der Ofenanlage allein, vielmehr Beides nur erst aus der Handlung des Heizens, also aus der Benutzung des opus, entstehen kann (vgl. Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn Bd. 1 S. 62, 127, 297, 303 ff.). Sodann mag es dahin gestellt bleiben, ob die fernere, auf die sämmtlichen Beschwerden des Klägers über die Folgen der beklagtischen Eisenbahnanlage bezügliche Erwägung des Obergerichts zutreffe, daß nämlich der Cautionsanspruch unbedingt die Gefahr einer positiven körperlichen Einwirkung auf das benachbarte Grundstück voraussetze. Die Entscheidung im fr. 26 in f. de damno inf., wo der Fall beurtheilt wird: veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia eaque iure tuo altius tollas, legt wenigstens die Annahme nahe, daß die Caution, sollte Jemand mit Verletzung einer sein Grundstück belastenden servitus altius non tollendi durch Höherbauen das benachbarte Haus verdunkeln, auch auf diesen Schaden zu beziehen sein würde (vgl. auch fr. 29 de S. P. U. 8. 2), wiewohl in solchem Höherbauen eine körperliche Einwirkung auf das Nachbargrundstück selbst nicht zu befinden ist.

Entscheidend ist aber über die ganze Klage, daß die Caution überhaupt da nicht gefordert werden kann, wo als Folge des gefahrdrohenden opus nicht ein derartiger wirklicher Schaden in Frage steht, welchen der benachbarte Grundeigenthümer vermöge eines für ihn begründeten und erworbenen Rechts von seinem Grundstücke abgewandt zu sehen verlangen kann, sondern bloß die Entziehung eines Vortheils, dessen der Nachbar lediglich nach der damaligen Gestaltung der örtlichen Verhältnisse bis dahin thatsächlich theilhaftig geworden ist. Solche Entziehung eines bloß thatsächlich bisher genossenen Vortheils fällt nicht unter das damnum, wegen dessen zu caviren ist. Zwar wird in fr. 25 de damno infecto schlechtweg auch die Verdunkelung der Fenster des Nachbarhauses unter dem hier in Betracht kommenden damnum begriffen; allein das fr. 26 eod., welches in ungetrennten Zusammenhang mit jener vorausgehenden Stelle zu bringen ist (Sintenis Civilrecht Bd. 2 § 127 Not. 45), stellt die vorhin als entscheidend bezeichnete Rücksicht auf eine Rechtskränkung des Nachbar

im Gegensatze zu der Rechtsansicht des Trebatius (fr. 25 cit.) als das in der Compilation Gebilligte deutlich hin.

Vgl. Hesse a. a. O. S. 64, 296; Zimmermann Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. Bd. 12 S. 109; Reinhard Archiv für die civilistische Praxis Bd. 30 S. 232 ff.

Es kommen aber die Behauptungen, die der Kläger in erster Instanz über die nachtheiligen Einwirkungen der beklagtischen Bahnanlage aufgestellt hat, in allem Wesentlichen lediglich auf Nachtheile jener zweiten Art hinaus, nämlich auf die Entziehung von Vortheilen, welche ihm die frühere Gestaltung der Hasenstraße und des daran grenzenden Eisenbahnterrains der Beklagten thatsächlich bisher gewährt hat. Zur Begründung eines Verbietungsrechts gegen die Verengerung der Hasenstraße und gegen die Aufführung des fraglichen Dammes hat der Kläger nichts vorgebracht; insbesondere liegt nicht schon ohne Weiteres ein Eingriff in sein Rechtsgebiet darin, wenn in Folge der Anlage dieses Dammes der Eingang in das klägerische Haus nicht mehr mit der früheren Bequemlichkeit und zu bestimmten Zwecken (zum Transporte besonders umfangreicher Instrumente) vielleicht gar nicht mehr benutzt werden kann, ebenso wenig darin, wenn das Getöse der passirenden Eisenbahnzüge die Bewohner des klägerischen Hauses in widerwärtiger Weise afficirt und die fernere Fortsetzung gewisser zum Gewerbe des Klägers gehörigen Handlungen (Probiren und Stimmen musicalischer Instrumente) zeitweise erschwert oder gar verhindert. Insofern aber der Kläger über Erschütterungen, die das Haus in Folge der Bahnzüge erleiden werde, sich beschwert, ferner über Staub und Rauch, den dieser Eisenbahnbetrieb zu seiner, des Klägers, Belästigung erzeuge, über Funken, welche die Züge nicht selten aussprühen, sind seine Behauptungen zu allgemein und ungenau, um ersehen zu lassen, daß diese Misstände über dasjenige Maß hinausgehen, welches jede Nachbarschaft einer Eisenbahn für die Anwohner mit sich bringt, ohne daß man dieserhalb den dadurch Betroffenen, soll überhaupt der gewöhnliche und nothwendige Verkehr, den das Zusammenleben der Menschen mit sich bringt, fortbestehen, ein Recht zum Widerspruche beilegen kann (Seuffert Archiv Bd. 12 Nr. 124).

Der Umstand, daß die Miether des Klägers, wie derselbe ferner anführt, wegen der bevorstehenden oder schon eingetretenen Belästigungen theils ausziehen wollen, theils bereits ausgezogen sind, hat hier überhaupt keine selbstständige Bedeutung, sondern könnte nur, wenn wegen eines rechtsgenügenden anderweiten Grundes die Caution gefordert werden könnte, bei Veranschlagung des dem Kläger erwachsenen Schadens mit in Betracht kommen. (Fr. 28, 29 eod.)

Endlich steht dem Kläger auch weder fr. 17 § 2 si serv. vind. 8. 5, auf welches er sich beruft, zur Seite, noch fr. 24 § 12 in f. de damno inf. (Windscheid Pand. § 169 Nr. 8 u. Not. 17). Denn sowohl die Anlegung der Düngergrube, welche der Wand des Nachbarn Feuchtigkeit

mittheilt, als auch das Graben, in Folge dessen der Fortbestand der Nachbarwand gefährdet wird, enthält eine Veranstaltung, welche in die Integrität des fremden Eigenthumsrechts eingreift und welche deshalb der dadurch Benachtheiligte vermöge seines Rechts als Grundeigenthümer nicht zu dulden braucht, wobei es allerdings gleichgültig bleibt, daß der Urheber des opus bei der Herstellung desselben innerhalb der örtlichen Grenzen seines Eigenthums sich gehalten haben mag. . . .

Urtheil des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 29. April 1879 i. S. Gertz w. die Direction der hannoverschen Staatsbahn wegen Cautionsleistung. (W.)

---

33. Zwangsenteignung: Schätzung als Baugrund.

Vgl. Bd. 34 Nr. 47 u. d. dort. Nachw.

Es steht fest, daß das (im Jahre 1877) zum Theil enteignete Grundstück kurze Zeit vor der Enteignung noch als Acker- und Gartenland benutzt worden ist. Erst Ende des Jahrs 1865 wurde es von den Klägern mit den übrigen Grundstücken zur Bebauung bestimmt und zu dem Zweck ein förmlicher Bebauungsplan aufgestellt. Weder diese Bestimmung noch die Lage des Grundstücks in der Nähe der Stadt waren für sich allein geeignet, ihm die Eigenschaft des Baugrundes zu verleihen. Die Verkäuflichkeit der Baustellen mußte hinzutreten, durch welche ein höherer gemeiner Werth überhaupt erst begründet werden konnte. Ohne diese blieb das Project der Kläger und selbst die von ihnen schon begonnene theilweise Bebauung der enteigneten Parzelle eine unsichere, bei der Werthschätzung nicht zu berücksichtigende Speculation.

Um den gemeinen, den Kaufwerth des ganzen Grundstücks handelt es sich zunächst. Nach demselben soll sich der außerordentliche Werth des enteigneten Stückes als Theils des Ganzen bemessen. Concrete Verhältnisse, aus denen sich ein außerordentlicher Werth des ganzen Grundstücks im Sinne des § 114 Thl. 1, Tit. 2, Allg. Landr. ergeben könnte, sind nicht geltend gemacht.

Der Sachverständige W. folgert die Verkäuflichkeit der Baustellen aus den Localverhältnissen, der in fortwährender Zunahme begriffenen Bevölkerung von Essen und dem Bedürfniß zur Erweiterung der Stadt, und es mag richtig sein, was der Appell.-Richter als notorisch annimmt, daß schon zur Zeit der Enteignung Nachfrage nach Baustellen dort gewesen ist. Allein nach den Angaben des Sachverständigen hatte auch bereits im Jahre 1865 die Bauthätigkeit in Essen ihren Höhepunkt erreicht, und anderntheils hat er zugeben müssen, daß an Baugrund in der Nähe der Stadt kein Mangel vorhanden ist und noch jetzt größere,

dazu bestimmte Flächen unbebaut daliegen. Die von ihm auf die allgemeinen örtlichen Verhältnisse gegründete Annahme, daß es den Klägern zur Zeit der Enteignung möglich gewesen sein würde, auch das fragliche Grundstück als Baugrund zu verwerthen, läßt sich daher als eine sichere und festbegründete keineswegs anerkennen. Nach seinem Anschlage umfaßte das von der Enteignung betroffene Grundstück, im Flächeninhalte von 12 Morgen 177 Ruthen 50 Fuß, allein 63 Baustellen. Dazu kommen noch die gleichfalls zur Bebauung bestimmten Grundstücke jenseits des Steppenberger Weges von mehr als 17 Morgen. Wenn die Kläger eine so bedeutende Zahl von Bauplätzen mit einem Mal zum Verkauf stellen wollten, so hätten besondere Umstände vorhanden sein müssen, um ihrem Unternehmen den Erfolg zu sichern und es nicht als bloße Speculation erscheinen zu lassen. Dergleichen Umstände sind weder von ihnen noch von den Sachverständigen angeführt. Sie geben sogar zu, es seien nicht sämmtliche Baustellen sofort verkäuflich gewesen, halten dies aber für unerheblich, indem sie der irrigen Meinung sind, die von ihnen den Grundstücken gegebene Bestimmung sei lediglich entscheidend.

Abgesehen von der mangelnden Begründung steht den Klägern die gewichtige Thatsache entgegen, daß jetzt, nach Verlauf von 10 Jahren nach der Enteignung das Grundstück noch völlig unbebaut ist und sich auch auf den benachbarten Grundstücken erst wenige Gebäude befinden, obwohl deren nach der Mittheilung von W. allein in den Jahren 1865 bis 1871 in und um Essen 1465 neu errichtet worden sind. Der von ihnen hierfür angegebene Grund, sie hätten erst noch höhere Preise abwarten wollen, ist durch nichts motivirt, insbesondere gar nicht behauptet, daß jemals Nachfrage nach diesen Baustellen stattgefunden habe. Eben so wenig überzeugend erscheint die weitere, jetzt erst aufgestellte Behauptung der Kläger, durch die Anlegung der (rheinischen) Eisenbahn seien sie in der Ausführung ihres ursprünglichen Bauplanes gestört worden und ein neuer Plan habe sich noch nicht aufstellen lassen, da ein Zeitraum von 10 Jahren wohl hierzu ausreichend gewesen sein würde. In Wirklichkeit hat offenbar die von den Klägern selbst zugestandene weniger günstige Lage des Grundstücks dem Absatze der Baustellen hinderlich im Wege gestanden, und aus diesem Grunde muß auch eine Zusammenstellung dieser Bauplätze mit den geeigneten an der Chaussee nach Alteneſſen belegenen, nur zum Theil erst verkauften, völlig ausgeschlossen bleiben.

Noch mehr fehlt es an einem genügenden Anhalt dafür, daß die Kläger die Verwerthung der Baustellen gerade zu den von ihnen geforderten Preisen nach der Lage des Grundstücks noch vernünftigerweise hätten erwarten können. . . .

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 17. Septbr. 1877. Wallmann, deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 1878 S. 11, 12. (X.)

34. Die Klage auf richterliche Ergänzung der Einwilligung der Eltern in die Ehe der Kinder steht nach dem Reichsgesetze vom 6. Februar 1875 § 32 nur den großjährigen Kindern zu.

Die Bestimmung des § 32 des Reichsgesetzes vom 6. Febr. 1875, betr. die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung, gewährt nur großjährigen Kindern im Falle der Verweigerung des Verehelichungsconsenses die Klage auf richterliche Ergänzung bei dem Proceßrichter. (Stenogr. Berichte über d. Verhandl. d. Reichstages 1874/75 Bd. 2 S. 1027 u. 1239 ff.) Aus dieser Beschränkung des Klagerechtes auf die großjährigen Kinder und aus dem Mangel einer Bestimmung in Ansehung minderjähriger Kinder kann aber nicht gefolgert werden, daß solchen Kindern das Recht eingeräumt sei, wegen Verweigerung der elterlichen Einwilligung zur Eheschließung bei dem Vormundschaftsrichter Beschwerde zu erheben und zur Einführung einer solchen Beschwerde die Beigabe eines hiermit einverstandenen curator ad hoc zu verlangen. Gegen eine solche Schlußfolgerung spricht schon die im § 29 a. a. O. enthaltene Bestimmung. Ein Schutz des Kindes gegen seinen den Verehelichungsconsens versagenden Vater wurde nur dann für nothwendig erachtet, wenn dasselbe großjährig geworden. Dagegen wurde in dem Widerspruche des Vaters gegen die Verehelichung eines minderjährigen Kindes ein so starker Zweifel gegen die Eheschließung selbst und eine so starke Vermuthung für die Begründetheit der väterlichen Verweigerung gefunden, daß die Hebung dieses Zweifels bis zur erlangten Großjährigkeit des Kindes zu verschieben sei. (Stenogr. Berichte a. a. O. S. 1033, 1240 ff.)

Erk. des obersten Gerichtshofes f. Bayern v. 24. März 1877. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 42 S. 206, 207. (X.)

---

35. Mißhandlung als Ehescheidungsgrund.

Vgl. Bd. 3 Nr. 331; Bd. 4 Nr. 59; Bd. 7 Nr. 189; Bd. 8 Nr. 266; Bd. 9 Nr. 41; Bd. 12 Nr. 37; Bd. 16 Nr. 52; Bd. 19 Nr. 154; Bd. 21 Nr 128; Bd. 23 Nr. 178; Bd. 24 Nr. 121.

Die Frau hat gegen ihren Mann wegen wiederholter Mißhandlungen auf Scheidung geklagt. Durch die Beweisaufnahme war festgestellt worden, daß der Beklagte am 6. Februar 1876 die Klägerin, welche am 14. Januar 1876 niedergekommen war, in der Absicht, sie wie ein Kind zu behandeln, entblößt und blutig geschlagen, worauf Klägerin alsbald mit ihrem Kind das Haus des Beklagten verlassen hat. Oberstrichterlich wurde auf Ehescheidung erkannt. In den Gründen heißt es:

Es ist als ein feststehender, auch in Neu-Vorpommern geltender Grundsatz des evangelischen Kirchenrechts anzusehen, daß Insidien, Lebensnachstellungen

und Sävitien, d. h. lebens- und gesundheitsgefährliche Mißhandlungen, welche von dem einen Ehegatten gegen den anderen verübt werden, einen vollgültigen Ehescheidungsgrund abgeben. Und zwar sind namentlich unter den gesundheitsgefährlichen Mißhandlungen solche zu verstehen, welche als Erfolg einen bleibenden Nachtheil für die Gesundheit herbeigeführt haben oder doch nach der gewöhnlichen Erfahrung des Lebens hätten herbeiführen müssen oder können. Eine Unterscheidung zwischen gröberen und leichteren Mißhandlungen findet dabei nicht statt; vielmehr ist das Gesundheitsgefährliche in dem eben gedachten Sinne das Entscheidende und ist es deshalb auch nicht erforderlich, daß ein wirklicher dauernder Schaden an der Gesundheit eingetreten ist. . . .

Durch den Umstand, daß Klägerin erst drei Wochen vor der erlittenen Mißhandlung von ihrem jüngsten Kinde entbunden gewesen, hat in Betreff der hier in Rede stehenden groben und brutalen Mißhandlungen von selbst die Besorgniß eintreten müssen, daß dieselben mit Gefahr für das Leben und die Gesundheit der Klägerin verbunden sein und namentlich für deren Gesundheit einen bleibenden Nachtheil zur Folge haben würden. Es ist deshalb als etwas, was lediglich der ausnahmsweise starken Körperconstitution der Klägerin zuzuschreiben ist, zu betrachten, daß die von ihr am 6. Februar 1876 erlittene rohe und brutale Mißhandlung keinen weiteren dauernden Nachtheil für ihre Gesundheit zur Folge gehabt, als daß sie noch im October 1876 bei körperlich anstrengender Arbeit Schmerzen im Rücken, namentlich im Kreuze empfunden haben will. Als besonders schwerwiegend kommt die große Aufregung hinzu, in welche die Klägerin durch die ihr widerfahrene Mißhandlung nothwendigerweise hat versetzt werden müssen, und daß Klägerin, mit ihrem Säuglinge auf dem Arme, in später Abendstunde bei Schneetreiben und starker Kälte eine Viertelmeile über Land zu dem Pastor v. S. geflohen ist, um bei diesem Schutz zu suchen. Hierdurch ist die Gesundheit und das Leben der Klägerin in die größte Gefahr versetzt worden, und kann es nicht zweifelhaft sein, daß solches auch der Handlungsweise des Verklagten mit zuzuschreiben und er dafür als verantwortlich zu betrachten ist.

Der Vorgang vom 6. Februar 1876 ist mithin von der Art gewesen, daß derselbe für ausreichend zu halten ist, um die darauf wegen Sävitien von der Klägerin gestützte Ehescheidungsklage als begründet darzustellen. Mit Unrecht hat daher der Appell.-Richter die Klägerin mit dieser ihrer Klage abgewiesen und erscheint es als nicht gerechtfertigt, daß er, statt die Ehescheidung auszusprechen, nur auf eine Trennung von Tisch und Bett auf die Dauer von zwei Jahren erkannt hat.

Nach den Grundsätzen des evangelischen Kirchenrechts (s. hierüber Glück Pand. Thl. 26 § 1269 S. 470 ff. und Bartels Ehe und Verlöbniß § 74 S. 293—99), wie dieselben auch in Neu-Vorpommern und

Rügen gelten, pflegt eine solche temporäre Trennung von Tisch und Bett nur als Versuchsmittel angewendet zu werden, die Ehegatten wieder auszusöhnen, zwischen welchen die eheliche Eintracht durch Zanksucht, leichte Mißhandlungen, oder ungestümes Betragen des einen oder anderen Theils vorübergehend gestört worden. Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor. Die Ehe der Parteien ist schon seit Jahren eine nicht glückliche. Wenn auch ihrem Seelsorger bereits mehrmals auf Veranlassung der Frau es gelungen ist, die Eheleute nach eingetretenem Zerwürfnisse wieder mit einander zu versöhnen, so sind doch in dem gegenwärtigen Falle bei der seitens der Klägerin so bestimmt und entschieden ausgesprochenen Weigerung, zum Verklagten zurückzukehren, seine desfallsigen Bemühungen erfolglos geblieben, und hat auch schon gleich im März 1876 nach erhobener Klage ein Interimisticum unter den Parteien regulirt werden müssen, wodurch der Klägerin während der Dauer des Ehescheidungsprocesses das Getrenntleben von dem Verklagten gestattet worden ist. Wenn auch hiernach die Aussicht auf eine demnächstige Aussöhnung nicht als ausgeschlossen zu betrachten sein würde, so hat doch der Verklagte die fragliche Mißhandlung in einer Weise verübt, daß er dadurch nicht nur seine volle Verachtung der Klägerin zu erkennen gegeben, sondern auch diese selbst auf das Schmählichste entwürdigt hat. Jene Mißhandlung hat daher die Achtung, welche die Eheleute nothwendig einander schuldig sind, unter den Parteien gänzlich zerstören und aufheben müssen. Und ist somit unter denselben das eheliche Leben und Verhältniß in einer Weise zerrüttet und zerrissen, daß an eine dauernde Aussöhnung unter ihnen nicht weiter zu denken ist. Hierzu kommt noch, daß die Gesinnungen, welche der Verklagte bei seinem Verhalten gegen die Klägerin manifestirt hat, bei der Rückkehr der Klägerin zu ihm mit Grund eine Wiederholung ähnlicher brutaler Excesse befürchten lassen. Dergleichen darf aber die Klägerin nicht ausgesetzt werden, und um so weniger läßt es sich als gerechtfertigt betrachten, daß von dem AG. auf eine nur temporäre Trennung von Tisch und Bett, welche für die Klägerin die Verpflichtung zur demnächstigen Rückkehr zum Verklagten und zur Fortsetzung des ehelichen Lebens mit demselben involvirt, erkannt worden ist.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (1. Sen.) v. 30. April 1877. Fenner u. Mecke civilr. Entsch. Jahrg. 8 S. 116 ff. (X.)

36. Alimentation einer getrennt lebenden Ehefrau, welcher ein Theil des Eingebrachten zu eigener Verwaltung vorbehalten wurde.

Vgl. Bd. 8 Nr. 271; Bd. 26 Nr. 244.

Für die Frage, aus welchen Mitteln eine Ehefrau, die sich mit Grund von ihrem Ehemann getrennt hat, zu alimentiren sei, sind lediglich die vertragsmäßigen Vereinbarungen der Eheleute, beziehungsweise die über diesen Punct vorliegenden speciellen gesetzlichen Bestimmungen maßgebend. Die Weller'schen Eheleute haben auf das Güterverhältniß der (württembergisch landrechtlichen) Errungenschafts-Gesellschaft geheirathet. Bei diesem Güterverhältniß ist die Ehefrau auf Kosten der hierzu befähigten ehelichen Gesellschaft zu ernähren. Indem die Weller'schen Eheleute vertragsmäßig festsetzten, daß die Ehefrau, welche mehrere Kinder aus früherer Ehe mitbrachte, nur einen Theil ihres Vermögens mit 6000 fl. „in die neue Ehe einzuwerfen" habe, den übrigen Theil aber „sich zu eigener freier Disposition vorbehalten" dürfe, ist hiermit bestimmt worden, daß die Ehefrau nicht verbunden sein solle, den Grundstock oder auch nur den Ertrag ihres zu freier eigener Verfügung vorbehaltenen Vermögens für die Tragung der ehelichen Lasten, zu denen, wie bemerkt, namentlich die Ernährung der Eheleute gehört, verwenden zu lassen. Der beklagte Ehemann, welcher sich nun einmal auf eine derartige Uebereinkunft eingelassen hat, ist also rechtlich nicht befugt, der Klägerin, seiner Ehefrau, anzusinnen, sie solle ihren Unterhalt aus ihrem vorbehaltenen Vermögen, statt aus den Mitteln der ehelichen Gesellschaft zu beziehen suchen. Diese Zumuthung würde im Falle des Zusammenlebens der Eheleute dem Beklagten wohl selbst als unstatthaft erschienen sein, die Klägerin kann aber dadurch nicht in eine nachtheiligere Lage kommen, daß der Beklagte ihre Entfernung durch seine Schuld herbeigeführt hat.

Entsch. des Obertribunals zu Stuttgart v. 17. April 1878 i. S. Weller w. Weller. (St.)

---

37. Recht des Mannes auf Beitreibung der versprochenen Dos bei zeitweiliger Ehetrennung.

Oberstrichterlichen Motiven entnehmen wir hierüber Folgendes:

Nur bei der lebenslänglichen Scheidung tritt mit der völligen Lösung des Ehebandes auch eine völlige Lösung der ehelichen Vermögensverhältnisse ein. Bei der temporären Scheidung aber, wo die hauptsächlichen Pflichten und Rechte der Ehegatten fortbestehen, findet dagegen keine Veränderung bezüglich des Heirathsguts und sonstigen ehelichen Vermögens statt. . . . In dem rechtskräftigen Erkenntnisse vom 10. Octbr. 1865 wurde der Ehe-

mann für schuldig erklärt, auf die Dauer der Trennung der geschiedenen Ehefrau Alimente zu leisten und bei der Ausmessung der Größe dieser Alimente wurde mit in Anschlag gebracht, daß dem Ehemann die Nutznießung des in 1173 fl. bestehenden Heirathsguts-Restes der Ehefrau zustehe und die Leistung einer größeren Alimentation ermögliche. Hierdurch ist außer Zweifel gestellt, daß der Ehemann nach Umständen die ehelichen Lasten wirklich bestreitet; hat er aber Pflichten zu erfüllen, so können ihm auch die entsprechenden Rechte nicht vorenthalten werden.

Die Verklagte hat im Ehevertrage vom 21. April 1864 ein Heirathsgut von 1400 fl. zu inferiren versprochen; durch dieses Versprechen ist die dos als constituirt zu betrachten und dem Ehemann das Recht erwachsen, solche zu fordern und auf deren Einbringung schon jetzt zu dringen (const. 1 pr. de rei uxor. act. 5. 13; Glück Pand. Bd. 27 § 1272.) Das Verlangen der Revidentin, hiermit so lange zuzuwarten, bis eine Wiedervereinigung beider Ehetheile stattgefunden haben werde, erscheint hiernach in keiner Art gerechtfertigt ꝛc. ꝛc.

Erk. des OAG. zu München v. 6. März 1869. Blätter f. Rechtsanw. Ergänzungsband 2 S. 265 ff.

---

38. Kann die Ehefrau eines verstorbenen Wechselschuldners, über dessen Nachlaß Concurs erkannt worden, aus dem Grunde wechselmäßig in Anspruch genommen werden, weil sie nach dem betr. ehelichen Güterrecht für die vom Ehemanne während der Ehe contrahirten sog. Societätsschulden haftet?

Die obige Frage wurde oberstrichterlich verneinend entschieden aus folgenden Gründen:

Die wechselmäßige Verpflichtung wird nur durch die Unterschrift auf dem Wechsel begründet; mit der Wechselregreßklage können nur die Aussteller und Indossanten (W. O. Art. 81, 41) und deren Rechtsnachfolger (Art. 2) in Anspruch genommen werden. Eine Person, deren Name nicht auf der Wechselurkunde steht, oder welche nicht Rechtsnachfolgerin eines solchen Wechselverpflichteten ist, kann für die Wechselschuld eines Andern möglicherweise civilrechtlich verpflichtet sein, nicht aber nach Wechselrecht dafür haften. So kann die Ehefrau, bzw. Wittwe, auf Grund des betreffenden Statutarrechts für eine während der Ehe contrahirte Wechselschuld des Ehemannes civilrechtlich, sei es für die ganze Schuld oder für eine Quote derselben, verhaftet sein; sie haftet aber nicht wechselrechtlich, wenn sie nicht selbst den Wechsel mit unterschrieben, oder wenn nicht der Ehemann ausdrücklich als Vertreter der Frau, sei es auf Grund gesetzlicher oder durch Rechtsgeschäft begründeter Befugniß, den

Wechsel mit unterschrieben hat. Die civilrechtliche Verpflichtung der Ehefrau resp. Wittwe, für eine Wechselschuld des Ehemannes zu haften, kann niemals im Wechselprocesse, sondern nur in ordinario verfolgt werden (§ 3 der nassauischen Wechselproceßordnung vom 25. Octbr. 1848).... Die Feststellung der civilrechtlichen Verpflichtung setzt auch Erörterungen voraus, welche im reinen Urkundenprocesse nicht erfolgen können oder doch in denselben ganz heterogene Elemente bringen würden. . . . Die civilrechtliche Verpflichtung ist auch in ihrem Umfange von der wechselrechtlichen wesentlich verschieden; während die letztere, abgesehen von der Verpflichtung der Erben (Art. 2 der W. O.) regelmäßig eine solidarische ist (Art. 81), ist die particularrechtliche Verpflichtung der Ehefrau für eine Socialschuld des Ehemannes meistens auf eine größere oder geringere Quote derselben festgestellt. Andrerseits haftet der Ehemann, welcher den Wechsel unterschrieben hat, wechselrechtlich für die ganze Wechselschuld, wenngleich das Particularrecht bestimmt, daß bei ehelichen Socialschulden auch die Gläubiger sich an jeden der beiden Ehegatten nur zu den bestimmten Raten halten sollen. Wollte man die Ehefrau des Acceptanten auf Grund solcher particularrechtlicher Bestimmungen als wechselmäßig verpflichtet halten, so würde auch die für den Wechselverkehr bedenkliche Schwierigkeit entstehen, ob denn der Wechselinhaber, wenn der Wechsel bei Verfall nicht honorirt wird, nicht bloß gegen den Ehemann als Trassaten und Acceptanten, sondern auch unter Umständen gegen die Ehefrau resp. deren Erben, Protest erheben lassen müßte, obwohl aus dem Wechsel gar nicht erkennbar ist, daß der Acceptant verheirathet ist, und daß eine wechselmäßige Verpflichtung der Ehefrau besteht.

Erk. des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 19. Juni 1878. Entscheidungen Bd. 24 S. 58, 59. (X.)

---

39. Lübsches Recht; „Bergen und Dachdingsauftragen". Jeder Erwerb* des überlebenden beerbten Ehegatten, auch Alimentations- und Pensionsansprüche, fällt in die fortgesetzte Gütergemeinschaft.

*Vgl. Bd. 17 Nr. 62. (Auch Bd. 1 Nr. 15, Bd. 2 Nr. 62.)

Die Wittwe eines städtischen Kassenbeamten, welche mit den Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft verblieben ist ohne rechtzeitig von dem Abdicationsrecht des „Bergen und Dachdingsauftragen" nach dem an ihrem Wohnsitz (Stralsund) geltenden lübschen Recht Gebrauch zu machen, ist von der Stadt auf Ersatz der Kassendefecte ihres Mannes belangt und in zwei Instanzen verurtheilt worden. Die von der Beklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Der hier vorzugsweise in Betracht kommende Art. 10 Tit. 1 Buch II des Lübischen Statuts lautet:

> Stirbet ein Mann in Schulden vertieft und ist solches offenbar, sollen sein nachgelassenen Güter innerhalb 6 Wochen a tempore scientiae von den Creditoren inventirt und so man will versiegelt werden, darnach muß sich seine nachgelassene Wittwe mit Vormündern versehen und in 6 Monat Bergen und Dachdings auftragen, sofern als sie beerbet; und muß also Haus, Erbe und Güter mit einem Rock und Heuken, nicht den besten, nicht den ärgsten, räumen.

Diese Bestimmung ist in das revidirte Statut von 1586 zu Gunsten der hinterbliebenen Wittwe aufgenommen. Nach den älteren Satzungen haftete dieselbe den Gläubigern nicht nur mit der gütergemeinschaftlichen Vermögensmasse, sondern auch mit ihrem eigenen Vermögen, und war hiervon selbst ein etwa später stattgefundener Erwerb nicht ausgeschlossen. Um diese Härte zu mildern und um wenigstens der Wittwe ihr späteres Vermögen gegen alle Angriffe der Gütergemeinschaftsgläubiger zu sichern, wurde ihr in jenem Artikel das privil. abdicationis, die sog. Entsagungsbefugniß, beigelegt und zwar unter der Bezeichnung: Bergen und Dachdings auftragen. Durch die gehörig erfolgte Ausübung dieses Rechtes wurde das künftige Vermögen der Wittwe frei von der Verhaftung für die Ansprüche der Nachlaßgläubiger."

Nachdem erwähnt worden, daß nach der früher herrschenden Ansicht der Ausdruck „Bergen und Dachdings auftragen" aufgefaßt worden sei als sich in Sicherheit setzen (Bergen) und das Haus (Dach), im weiteren Sinn das Vermögen, Erbe und Güter gerichtlich (Dings) übergeben (auftragen), fährt das Erkenntniß fort:

„Diese etymologische Erklärung ist aber seit der Abhandlung von Hagemeister: Neuer Versuch, das Bergen und Dachdingsauftragen des lübischen Rechts zu erklären (in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. Bd. 3 S. 173—190) als aufgegeben zu betrachten. Nach der jetzt allgemein adoptirten

> s. Hasse in der alleg. Ztschr. Bd. 4 S. 106 ff.; Pauli Abhandlungen aus dem lübschen Recht Thl. 2 § 42 S. 227 ff.; v. Gerber deutsches Privatrecht § 232 Not. 1 und v. Wilmowski lübisches Recht in Pommern § 50 S. 123 ff.

Hagemeisterschen Erklärung ist hierbei von Folgendem auszugehen: Sollte nach altem deutschen Recht gegen einen Schuldner von der Annahme zur Hand und Halfter Gebrauch gemacht oder sonst zum Aeußersten geschritten werden, so mußte zuvor ausgemacht sein, daß er Bürgen zu stellen nicht vermöge, was so lange noch nicht angenommen werden konnte als noch gütliche Verhandlungen gepflogen oder über die Stellung von Bürgen unterhandelt, also überhaupt noch zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner getaedinget, getagedinget wurde. Ein in Anspruch genommener Schuldner konnte daher seine Zahlungsunfähigkeit nicht deutlicher zu er

kennen geben, als wenn er erklärte: er begebe sich der Stellung von Bürgen und jeder weiteren Unterhandlung. War dies geschehen, dann konnte sich der Gläubiger ungehindert an das Vermögen des Schuldners oder an dessen Person halten.... Wenn nun nach dem Tode des Ehemanns die beerbte Wittwe mit den Kindern im gütergemeinschaftlichen Vermögen sitzen blieb und sich so in den Nachlaß einmischte und über denselben Verfügungen traf, so wurde hierdurch für sie auch schon nach dem ältern deutschen Recht die Verpflichtung begründet, den Gläubigern für die Schulden des Mannes und überhaupt für die gütergemeinschaftlichen Schulden, selbst unter persönlicher Verhaftung, mit ihrem eigenen Vermögen aufzukommen. Wurde in einem solchen Fall von der Wittwe die Insolvenz des nachgelassenen und gütergemeinschaftlichen Vermögens dadurch zu erkennen gegeben, daß sie mit ihren Vormündern erklärte, keine Bürgen (Bergen) stellen und keine gütliche Verhandlung (Dachdingen) pflegen zu können, so wurde sie damit in die Lage versetzt, unbedingt für alle Schulden zu haften und den Gläubigern zu deren Befriedigung selbst allen künftigen Erwerb hergeben zu müssen. Allmählich wurde es für nöthig erachtet, die hierin liegende Härte möglichst zu mildern, und dazu bot das vermittelst des röm. Rechts bekannt gewordene benef. cessionis bon. die geeignete Anleitung. Wenn also die Wittwe die Vermögensinsufficienz dadurch zu erkennen gegeben hatte, daß von ihr vor Gericht erklärt worden, keine Bürgen (Bergen) stellen und keine weiteren gütlichen Verhandlungen (Dagedingen) pflegen zu können, so wurde solches so aufgefaßt, als habe die Wittwe durch jene Erklärung zugleich die vorhandenen sämmtlichen Güter den Gläubigern zu ihrer Befriedigung abgetreten und sich somit der mit der cessio bon. verbundenen Rechtswohlthaten theilhaftig gemacht. Dadurch erhielt das Bergen und Dachdingsauftragen für die beerbte Wittwe wegen der darin liegenden Vermögensabtretung den Charakter eines beneficii, vermöge dessen die Wittwe sich von aller persönlichen Verhaftung für die Schulden mit ihrem eigenen, namentlich dem später noch zu erwerbenden Vermögen frei machen konnte.

Hierauf beruht es, daß der Art. 10 in das revidirte Statut des lübschen Rechts von 1586 Aufnahme gefunden hat, indem durch das darin der beerbten Wittwe eingeräumte sog. Abdicationsrecht die Strenge des älteren Rechts hat gemildert werden sollen, was auch in der Beziehung geschehen ist, daß, unter Fortfall der älteren symbolischen Handlung, des sog. Schlüsselwurfs, der Wittwe eine Frist von 6 Monaten zur Ausübung jenes Rechts gewährt worden, anstatt daß nach älterem Recht die Wittwe schon am Sterbetage des Mannes Haus, Hof und Gut mit den Kindern, unter Mitnahme nur eines Kleides, verlassen mußte, wenn sie von allen Ansprüchen der Gläubiger frei sein wollte.

Der Art. 10 cit. ist demnach dahin zu verstehen, daß die Wittwe binnen 6 Monaten, um der in Rede stehenden Rechtswohlthat genußbar

zu werden, mit Zuziehung ihrer und der Kinder Vormünder dem Gericht anzeigen muß, daß das hinterbliebene Vermögen insufficient sei und daß sie von jenem Abdicationsrecht Gebrauch machen wolle. Wird sie zur Ausübung dieses Rechts vom Gericht verstattet, so ist die Wittwe gehalten, mit ihren Kindern Haus und Gut nur unter Mitnahme eines Kleidungsstücks zu verlassen, welches letztere in früheren Zeiten unter Leitung des Gerichtssekretärs zu geschehen pflegte.

Der § 181 des die Statutarrechte der Städte enthaltenden Thl. 6 des Provinzialrechts des Herzogthums Neupommern und des Fürstenthums Rügen ist dahin gefaßt: „Nach Ausbruch des Concurses über das Vermögen des verstorbenen Mannes steht der beerbten Wittwe desselben das Recht zu, zu bergen, und dadurch die Befugniß der Gläubiger, auch den künftigen Erwerb anzugreifen, auszuschließen." Diese Fassung ist insofern nicht ganz zutreffend, als die Ausübung des Abdicationsrechts keineswegs, wie sich auch schon aus dem Vorstehenden ergiebt, voraussetzt, daß über das Vermögen des verstorbenen Mannes der Concurs eröffnet worden. Durch das in dem Art. 10 gebrauchte Wort „offenbar" hat nur ausgedrückt werden sollen, daß die Vermögens-Insufficienz feststehen muß, und solches ist unzweifelhaft schon alsdann der Fall, wenn von der Wittwe dem Gericht die Insufficienz mit der Erklärung angezeigt wird, daß sie die Gläubiger aus dem hinterbliebenen Vermögen zu befriedigen nicht im Stande sei und dazu Rath nicht zu schaffen wisse. . . .

Dies hat auch der Appell.-Richter bei der erkannten Bestätigung der die Beklagte zum Ersatz der eingeklagten Defecte verurtheilenden Entscheidung des ersten Richters angenommen, und dabei zugleich weiter erwogen:

1. Nach den Worten des § 10 erscheine es auch nicht als nothwendig, daß schon zur Zeit des Todes die Ueberschuldung offenbar gewesen; werde sie später offenbar, so könne solches nur auf den Anfangspunct der der Wittwe gestellten 6monatlichen Frist Einfluß üben. . . . Sodann ist

2. vom Appell.-Richter erwogen: Nach Art. 16 Tit. 2 Buch II des Lübischen Statuts falle jeder Erwerb des überlebenden Ehegatten in die fortgesetzte Gütergemeinschaft, so daß zu letzterer vorliegend nicht nur der Anspruch auf Alimentation, welchen die Beklagte für sich bezw. ihre Kinder gegen den Sattlermeister W. erworben haben wolle, sondern auch die Rechte auf Wittwenpension, welche die Beklagte gegen die Stadt Stralsund und gegen die Wittwenkasse der Stralsunder Communalbeamten und Lehrer erworben habe, auch die Rechte auf die künftig fällig werdenden Raten des Pensionsrechts, zu rechnen seien. . . .

Wegen dieser Erwägungen wird von der Beklagten dem Appell.-Richter der Vorwurf gemacht, den Art. 16 cit., sowie den Rechtsgrundsatz verletzt zu haben, daß der Erwerb eines Alimentationsanspruchs, jedenfalls eine Wittwenpension, bei fortgesetzter Gütergemeinschaft sich als Sondergut de

Wittwe darstelle, und der Erwerb der Kinder überhaupt nicht in das Sammtgut falle. Auch der also erhobene Vorwurf ist ein unbegründeter. Die Behauptung, worauf derselbe gestützt wird, daß nämlich nur derjenige Erwerb in die fortgesetzte Gütergemeinschaft falle, welcher nicht strenge an die Person des Erwerbers geknüpft sei, und daß dies auf jenen Alimentationsanspruch und auf die Wittwenpension nicht zutreffe, erscheint als unmotivirt. Selbige steht auch mit dem Inhalt des Art. 16 cit. in Widerspruch, welcher dahin lautet:

> Fället einem Wittwer oder einer Wittwe, welche Kinder haben, Erbgut an, oder wird ihnen etwas gegeben, durch was Weise es sei, oder sie sonst gewinnen oder erwerben, solches alles sollen sie mit den Kindern theilen.

Ebenso ist es eine ungerechtfertigte Behauptung, wenn Beklagte geltend macht, daß der Anspruch auf Alimentation und jedenfalls der auf Wittwenpension seiner Natur nach den Charakter eines Sonderguts an sich trage. Einer näheren Erörterung hierüber bedarf es nicht, da vorliegend, wo die Beklagte von dem sog. Abdicationsrecht mit Erfolg keinen Gebrauch gemacht hat, auf ihrer Seite den Gläubigern des Mannes gegenüber von dem Erwerb eines den Angriffen der Gläubiger nicht unterworfenen Sonderguts keine Rede sein kann. . . ."

Erk. des Obertribunals zu Berlin (1. Sen.) v. 28. März 1879 i. S. Bosien w. Stralsund. Fenner u. Mecke civilr. Entsch. Jahrg. 10 S. 46 ff.

---

40. Vermögensrechtliche Nachtheile der Eingehung einer zweiten Ehe. Die Nov. 22 c. 46 betrifft nur die wiederheirathende Mutter.

Vgl. Bd. 1 Nr. 239; Bd. 30 Nr. 252 u. d. dort. Nachw.

Der Verklagte hatte durch Beerbung eines Sohnes ein Viertel der von seiner ersten Ehefrau hinterlassenen Grundstücke erworben. Das Eigenthum wurde ihm mit der Klage bestritten, weil er durch seine Wiederverheirathung sein Miterbenrecht zu Gunsten der Kläger verwirkt habe.

Seine Verurtheilung wurde in oberster Instanz aufgehoben und die Klage abgewiesen aus folgenden Gründen:

Die erste und dritte Beschwerde des Verklagten erscheinen verwerflich. Die Bestimmungen über die vermögensrechtlichen Nachtheile der Eingehung einer zweiten oder ferneren Ehe sind keineswegs antiquirt, wie deren fortdauernde Anwendung in der Rechtsprechung zeigt; rechtsirrthümlich aber ist es, wenn der Verklagte zu deren Voraussetzung annimmt, daß der überlebende Ehegatte nach der Beerbung des Kindes zur zweiten Ehe schreite, da die Nov. 22 c. 46 § 2 ganz klar bestimmt, daß dieser an die Eingehung einer weiteren Ehe geknüpfte Nachtheil eintreten soll, möge die

zweite Ehe vor oder nach dem Tode des Kindes erster Ehe abgeschlossen worden sein.

Dagegen stellt sich die zweite Beschwerde, daß die in Nov. 22 c. 46 nur für die sich wiederverheirathende Mutter getroffene Bestimmung auch auf den sich wiederverheirathenden Vater mit Unrecht angewendet worden sei, als begründet dar. In der Nov. 22 c. 46 § 2 ist nur die zu fernerer Ehe schreitende Mutter bezüglich der Intestatsuccession in den Nachlaß eines verstorbenen Kindes erster Ehe in der Art beschränkt, daß sie im Falle der Concurrenz mit Geschwistern von dem im Nachlasse des Kindes enthaltenen väterlichen Vermögen nur den Niesbrauch erhalten soll. Die gleiche Bestimmung konnte bezüglich des sich wiederverheirathenden Vaters nicht getroffen werden, weil zur Zeit des Erlasses der Nov. 22 diesem ein Intestaterbrecht mit und neben den Geschwistern des verstorbenen Kindes nicht zustand, ein solches ihm vielmehr erst durch die Nov. 118 verliehen ist. Da die in Nov. 22 c. 46 § 2 enthaltene Vorschrift weder in der Nov. 118, noch durch ein späteres Gesetz auf den Vater ausgedehnt ist, auch eine allgemeine Bestimmung, nach welcher alle gesetzlichen Nachtheile der Wiederverheirathung, soweit sie den Vortheil der Kinder erster Ehe bezwecken, gleichmäßig beide Ehegatten treffen sollen, nicht besteht, so erscheint es unzulässig, das dem Vater durch Nov. 118 ganz allgemein und uneingeschränkt verliehene Intestaterbrecht für den Fall seiner Wiederverheirathung zu beschränken. Wenn das AG. die Ausdehnung der in Nov. 22 cit. enthaltenen Vorschrift auch auf den sich wiederverheirathenden Vater in Uebereinstimmung mit einer in der Doctrin allerdings vielfach vertretenen Ansicht deshalb für zulässig erachtet, weil die beschränkte Ausdrucksweise des Gesetzes sich daraus erkläre, daß zur Zeit dessen Erlasses dem Vater an dem Nachlasse seiner Kinder neben den Geschwistern ein Intestaterbrecht nicht zugestanden habe, und die erkennbare Absicht des Gesetzes offenbar sei, die Vermögensinteressen der Kinder erster Ehe zu wahren und die letzteren vor möglichen Benachtheiligungen durch ihre Eltern zu schützen, eine solche Gefährdung der Vermögensinteressen der Kinder aber in gleicher Weise im Falle der Wiederverheirathung des Vaters eintreten könne, so können diese Gründe nicht für genügend erachtet werden, diese Ausdehnung der Nov. 22 zu rechtfertigen. Eine analoge Anwendung und Ausdehnung jener gesetzlichen Vorschrift erscheint zunächst schon deshalb unstatthaft, weil dieselbe ein ius singulare enthält, bei einem solchen nach allgemeinen Grundsätzen eine analoge Ausdehnung ausgeschlossen ist, eine Regel, welche im vorliegenden Falle um so mehr zur Anwendung kommen muß, als die fragliche Vorschrift eine Art Strafgesetz ist. Außerdem fehlt es aber auch an den weitern Voraussetzungen für die Analogie, da weder der zu entscheidende Fall von dem Gesetzgeber völlig unentschieden gelassen worden, noch vollkommene Gleichheit der ratio legis vorhanden ist. Dem

Justinian hat in Nov. 118 dem Vater ein uneingeschränktes Intestaterbrecht in dem Falle des Todes eines Kindes neben den Geschwistern gegeben, und die Möglichkeit, daß Justinian bei Erlaß der Nov. 118 nur vergessen habe, die in Nov. 22 enthaltene Vorschrift auch auf den Vater auszudehnen, berechtigt nicht zu der Annahme, es liege hier ein Mangel einer gesetzlichen Entscheidung vor, welcher durch analoge Anwendung der in Nov. 22 enthaltenen Bestimmung beseitigt werden müsse. Für den Erlaß der in Frage stehenden, wie ihre historische Entstehung zeigt, nur für die Mutter berechneten Vorschrift war ferner nicht lediglich das Interesse der Kinder erster Ehe und die Rücksicht auf mögliche Benachtheiligungen derselben maßgebend, sondern auch die Rücksicht, daß die Römer an der zweiten Ehe der Mutter mehr Anstoß nahmen, als an derjenigen des Vaters, so wie daß die Gefahren der Kinder für den Fall der Wiederverheirathung der Mutter größer waren, als für den Fall der Wiederverheirathung des Vaters, so daß man nicht sagen kann, es sei eine völlige Gleichheit der ratio legis in beiden Fällen vorhanden.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 21. Januar 1879 i. S. der Wittwe Küster u. Gen. w. Gallhöfer (vormals großherz.-hessisches Rechtsgebiet). (S.)

---

41. Durch Testament eines Ascendenten kann dem Vater der Niesbrauch und die Verwaltung an dem seinem Kinde von jenem hinterlassenen Vermögen entzogen werden.

Vgl. Bd. 3 Nr. 71 (u. Nr. 343). — Auch Bd. 12 Nr. 43.

H. hatte in seinem Testamente seinen als einzigen Intestaterben hinterlassenen Enkel von seiner verstorbenen Tochter aus der Ehe mit D. zum Erben eingesetzt, mit der Verfügung, daß während der Minderjährigkeit desselben L. als Pfleger bestellt und von diesem der Ertrag des Nachlasses für die Erziehung des Enkels verwendet werden solle. Der in Folge hiervon bestellte Pfleger L. klagte hierauf gegen den Vater D. auf Herausgabe der Nachlaßmobilien.

In 1. Instanz erfolgte eine Verurtheilung nach der Klagbitte. In 2. Instanz wurde diese Verurtheilung auf zwei Drittheile des geforderten Nachlasses beschränkt, weil der Großvater durch seine Verfügung dem Vater den Niesbrauch an dem Pflichttheil des Enkels nicht habe entziehen können.

In höchster Instanz wurde das Urtheil 1. Instanz wieder hergestellt, aus folgenden Gründen:

Ein Rechtsgrundsatz, wonach dem Vater an dem ordentlichen peculium adventicium der Niesbrauch und die Verwaltung durch Testament überhaupt nicht entzogen werden könnte, besteht nicht. Die Bestimmung

der Nov. 117 Cap. 1 läßt es nur fraglich erscheinen, ob aus ihr, wie die Vorinstanz angenommen, der Grundsatz herzuleiten sei, daß der Pflichttheil, welchen ein mütterlicher Ascendent seinen Enkeln zu hinterlassen hat, die unabänderliche Natur eines peculium adventitium ordinarium hat, mithin dem Vater das Niesbrauchs- und Verwaltungsrecht an dem Pflichttheile, welches seinem Kinde von dem mütterlichen Ascendenten gebührt, durch letztwillige Verfügung nicht geschmälert werden darf.

Mag nun auch diese in der Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers als rechtsirrthümlich angefochtene Ansicht in der neuern Doctrin als die herrschende anzusehen sein, so unterliegt es doch nicht unerheblichen Bedenken, ob der von ihr vertretene Grundsatz, dem innere Gründe offenbar nicht zur Seite stehen, in einer unzweideutigen positiven Bestimmung der Nov. 117 eine ausreichende äußere Stütze findet.

Nicht nur die Einleitung der Novelle, auch die Schlußworte des Cap. 1, welche erst auf die Erörterung einer in ganz concreter Gestalt aufgeworfenen Frage eine allgemeine Bestimmung folgen lassen, weisen darauf hin, daß lediglich in einer äußeren Veranlassung der Grund dafür zu suchen ist, weshalb die Novelle sich speciell mit der Frage beschäftigt, wie der Fall zu beurtheilen ist, wenn einem Hauskinde von mütterlichen Ascendenten der Pflichttheil zwar unbeschränkt, das übrige Vermögen aber mit einer Auflage hinterlassen wird, welche dem Vater die Verwaltung und den Nießbrauch entzieht. Und die sich an die Entscheidung dieses Specialfalles anreihende allgemeine Bestimmung, daß nicht bloß den Ascendenten, sondern auch andern Personen es freistehen solle, durch testamentarische Anordnung dem Vater das Verwaltungs- und Niesbrauchsrecht von dem seinem Kinde zugewandten Vermögen zu entziehen, läßt erkennen, daß der zur Lösung aufgeworfene Zweifel hauptsächlich die Frage betroffen hat, ob eine solche in das väterliche Recht eingreifende Anordnung überhaupt als zulässig anzusehen sei. Andrerseits aber enthält die Novelle keine ausdrückliche Vorschrift, wodurch bestimmt wäre, daß eine derartige Anordnung, wenn sie von Ascendenten ausginge, nur in der Beschränkung auf das über den Pflichttheil des Kindes hinausreichende Vermögen Gültigkeit haben solle. Und gegen die Ansicht, welche eine solche Vorschrift als beabsichtigt herleiten will aus den Gründen, auf welche die Entscheidung der aufgeworfenen Specialfrage gestützt wird, macht sich insbesondere noch als Bedenken geltend daß man schwerlich fehlgreifen kann in der Annahme, Justinian würde nicht unterlassen haben, sich darüber zu verbreiten, wenn es wirklich in seiner Absicht gelegen, eine Neuerung des bisher geltenden Rechtes in der Richtung einzuführen, daß dadurch das Pflichttheilsrecht des Kindes sich für dessen Vater zu einem selbstständigen eigenen Recht des Vaters gestalten würde, so daß letzterer gegen sein Hauskind das Recht geltend machen könnte, von dem mit jener Beschränkung von mütterlichen Ascendenten

erworbenen Vermögen den darin mitenthaltenen Pflichttheil an ihn, den Vater zur Verwaltung und Nutznießung auszuliefern[1]).

Entsch. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 15. Juli 1879 i. S. Dieffenbach'scher Pfleger w. Dieffenbach (nassauische Sache). (B.)

---

42. Form der im Voraus testamentarisch bestätigten Codicille.

Vgl. Bd. 1 Nr. 102, 358; Bd. 9 Nr. 52.

Die namentlich in früherer Zeit bestrittene Frage, ob von der ganz allgemein lautenden Vorschrift der const. 8 § 3 de codicillis 6. 36: in *omni* autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes . . . debent adhiberi (vgl. auch Notariatsordnung von 1512 art. II § 2) in Ansehung solcher Codicille eine Ausnahme zu statuiren sei, welche im Testamente im Voraus (in futurum) bestätigt worden, ist durch die Doctrin und Praxis der Neuzeit aus überwiegenden Gründen im verneinenden Sinne entschieden worden. Insbesondere herrscht in der Wissenschaft und Rechtsprechung gegenwärtig darüber nahezu Uebereinstimmung, daß eine solche Ausnahme jedenfalls in dem Falle für gerechtfertigt nicht anzuerkennen ist, wenn es sich, wie im vorliegenden Falle, um eine ganz generelle Vorausbestätigung aller etwa später noch zu beliebenden letztwilligen Anordnungen handelt, ohne daß diese Anordnungen schon im Testamente selbst ihrem Inhalte nach irgend welche nähere Präcisirung gefunden haben.

Windscheid Pandekten Thl. 3 § 628; v. Bangerow Pandekten Thl. 2 § 527 III.; Sintenis Civilrecht Thl. 3 § 208[7]; Seuffert Pandekten § 601; v. Holzschuher Theorie u. Casuistik Thl. 2 S. 1002; Seuffert Archiv Bd. 1 Nr. 102, 358, Bd. 9 Nr. 52.

Sind aber hiernach der herrschenden richtigeren Ansicht zufolge spätere letztwillige Anordnungen, sog. Nachzettel, trotz voraufgegangener (zumal genereller) Bestätigung im Testamente ohne Hinzutritt der gesetzlich vorgeschriebenen Codicillarform (Zuziehung von 5 Zeugen) als schlechthin ungültig zu betrachten, so kann denselben auch nicht unter Zuhülfenahme der Theorie von Universalfideicommissen oder mystischen Dispositionen Geltung verschafft werden und eben so wenig sind dieselben auf indirectem Wege, mittelst Strafandrohung für den Anfechtungsfall, im Widerspruche mit dem Willen des Gesetzgebers und zur Umgehung einer dem ius publicum

---

[1]) Mit dieser Entscheidung ist der Gerichtshof zu der Ansicht der älteren Praktiker zurückgekehrt. Vgl. *Carpzov.* P. 2 Const. 10 Def. 11 N. 10 seq.; *Titius* in iur. priv. Lib. 6 c. 12 § 14; *Schorch* in Resp et Sent. 221 N. 17, 18; *Mev.* P. 7 D. 356; *Berlich.* P. 1 D. 137; *Struv.* Syntagm. L. 7 Tit. 1 Ex. 12.

angehörigen Rechtsvorschrift, durch Privatautonomie des Erblassers aufrecht zu halten, vielmehr erscheinen derartige Pönalbestimmungen (clausulae privatoriae) nicht minder hinfällig, als die nichtige Verfügung selbst, stehen und fallen mit dieser.

Urtheil des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 1. Juli 1879 i. S. Keßler w. Panne, wegen Forderung. (W.)

---

43. Inofficiöse Schenkung. Anerkennung derselben bei Lebzeiten des Schenkers schließt die Anfechtung aus.

Vgl. Bd. 20 Nr. 150; Bd. 30 Nr. 47.

Die Klägerin, welche in Concurrenz mit dem zur statutarischen Portion berufenen Verklagten gesetzliche Erbin der Ehefrau desselben, ihrer Tochter erster Ehe, geworden ist, verlangt für die Berechnung ihres Pflichttheils Einrechnung des Werthes einer Hufenstelle und ficht einen Vertrag, durch welchen letztre bei Lebzeiten auf den Verklagten übertragen war, als inofficiöse Schenkung an. Die Hufenstelle war der Verstorbenen in ihrer Kindheit vom Vater zugefallen und deren Mutter und dem zweiten Ehemann der letztern in Setzwirthschaft übergeben gewesen; durch Auseinandersetzungsvertrag vom 9. September 1870 zwischen den Setzleuten und der mittlerweile an den Verklagten verheiratheten Tochter derselben, sowie diesem letzteren wurde die Stelle zurückgegeben und (§ 6) auf den Verklagten gegen Uebernahme der Altentheilsleistungen und Zahlung einer Abfindung an die Mutter der Anerbin auf den dieser verbleibenden väterlichen Nachlaß übertragen.

In oberster Instanz wurde erkannt:

Es ist rechtsirrthümlich, wenn das AG. angenommmen hat, daß nur ein Verzicht auf das Notherbenrecht, und nicht schon das Einverständniß mit der angefochtenen Uebertragung der Stelle die Klage wegen liebloser Schenkung ausschließt. Die querela inofficiosae donationis ist der ältern querela inofficiosi testamenti nachgebildet und sind die für die letztgenannte Klage geltenden Grundsätze auf die erstenwähnte Klage anzuwenden. Die querela inofficiosi testamenti beruht auf der Anschauung, daß eine durch das Testament zugefügte Verletzung des Pflichttheils eine dem Berechtigten zugefügte persönliche Kränkung (iniuria, indignatio, fr. 4, fr. 8, fr. 22 pr. de inoff. test. 5. 2) enthalte. Daraus erklärt sich nicht nur der höchst persönliche Charakter dieser Klage, welcher vorzugsweise in der Nichtübertragbarkeit derselben auf die Erben zu Tage tritt, sondern auch der Umstand, daß ähnlich wie bei der Injurienklage jede Handlung des Pflichttheilsberechtigten, welche erkennen läßt, daß er sich die Kränkung

nicht zu Gemüthe gezogen hat, die Querel ausschließt. Von diesem Gesichtspunct erscheint es ganz folgerichtig, wenn z. B. die Querel demjenigen versagt wird, welcher ein Vermächtniß aus dem Testament angenommen (fr. 10 § 1 de inoff. 5. 2), oder Erbschaftssachen von dem Erben gekauft, bzw. gemiethet, oder aber eine Schuld an den Erben gezahlt (fr. 23 § 1 eod.) oder einen Dritten bei Einklagung eines Vermächtnisses aus dem Testament unterstützt hat (fr. 32 eod.). Richtig ist nun zwar, daß nach röm. Recht die querela inofficiosi testamenti durch eine bei Lebzeiten des Erblassers mit diesem getroffene Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden konnte (const. 35 § 1 de inoff. test. 3. 28). Ob aber das Letztere nach röm. Recht auch für die querela inofficiosae donationis anzunehmen ist, bedarf hier nicht der Erörterung, da heutzutage der Grundsatz, aus welchem jene Entscheidung abzuleiten ist, daß nämlich Verträge über die Erbschaft eines Lebenden unsittlich und daher nichtig seien, durch den Einfluß der germanischen Rechtsanschauung beseitigt ist. Für das heutige Recht muß daher der dem eigenthümlichen Charakter dieser Klage entsprechende Grundsatz anerkannt werden, daß jedes, auch das bei Lebzeiten des Schenkers erklärte Einverständniß des Pflichttheilsberechtigten mit der Schenkung die Klage wegen liebloser Schenkung ausschließt, weil durch das Einverständniß des Berechtigten die Schenkung den Charakter eines den Ersteren persönlich kränkenden Rechtsgeschäfts verliert. Die Klage war hiernach, so weit sie auf Herausgabe von einem Drittel des Werthes des Hofes gerichtet ist, abzuweisen. Denn da der Vertrag vom 9. September 1870 nach seinen Eingangsworten zwischen allen vier betheiligten Personen, der Klägerin, deren Ehemann, deren Tochter und dem Verklagten abgeschlossen, auch von allen vier Personen unterzeichnet ist, so kann die Bestimmung im § 6 desselben nicht dahin ausgelegt werden, daß dieselbe lediglich den Verklagten und dessen Ehefrau berühre. Es ist vielmehr die Annahme geboten, daß die Klägerin und deren Ehemann mit der im § 6 stipulirten Schuldübernahme Seitens des Verklagten und daher auch mit der Uebertragung der Stelle an den Letzteren einverstanden gewesen sind. War dies der Fall, so kann nach den oben dargelegten Grundsätzen die Klägerin die Schenkung nicht mehr anfechten.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 20. März 1879 i. S. Ahlers Ehefrau w. Bruhns (holsteinsche Sache). (S.)

---

44. Die Nachfolge im Familienfideicommiß ist nicht durch den Antritt der Allodialerbschaft bedingt.

Der verklagte Curand hatte die Erbschaft seines Vaters ausgeschlagen und klagte auf Grund seiner Berechtigung aus einem Familienfideicommiß.

Das AG. erkannte die aus II feud. 45 entnommene Einrede für rechtlich unbegründet, weil der Rechtsſatz des longobardiſchen Lehnrechts, daß der Deſcendent des letzten Beſitzers das Lehn nur erwerben kann, wenn er gleichzeitig Allodialerbe wird, als eine ſinguläre nur für das Lehnrecht geltende Beſtimmung auf Familienfideicommiſſe keine Anwendung finde.

Dieſer Ausſpruch wurde auch in oberſter Inſtanz als dem beſtehenden Rechte entſprechend gebilligt [1]).

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 12. Juni 1879 i. S. v. Stein w. v. Stein Ehefrau (heſſiſche Sache). (S.)

---

45. Die Pflichttheilsklage iſt beim Anſatzvertrage ausgeſchloſſen.

Vgl. Bd. 34 Nr. 138 u. d. dort. Nachw.

Dem Kläger war das väterliche Gut durch Anſchlagsvertrag übergeben. In einer ſpätern letztwilligen Dispoſition wurde er, als durch jenen Gutsanſchlag im geſchwiſterlichen Werthe bevorzugt, vom väterlichen Nachlaß ausgeſchloſſen. Das AG. wies den Anſpruch auf den Pflichttheil ab, und in oberſter Inſtanz wurde die Nichtigkeitsbeſchwerde dagegen verworfen:

Der Kläger greift das Erkenntniß 2. Inſtanz deshalb an, weil es auf einer Verkennung der rechtlichen Natur des bäuerlichen Gutsübergabe- (Anſatz-) Vertrags beruhe, inſofern derſelbe nicht — wie früher wohl angenommen ſei — eine erfrühte Erbfolge enthalte, ſondern lediglich ein Geſchäft unter Lebenden, welches für die Beerbung nur ſo weit von Erheblichkeit werden könne, als das dabei einem Kinde Zugewendete der Collationspflicht unterworfen ſei, wozu jedoch das übergebene titulo oneroso erworbene Gut in Ermangelung einer ausdrücklichen Anordnung in dem Vertrage ſelbſt nicht zu rechnen. Dieſe Auffaſſung iſt jedoch für das auf deutſchrechtlicher Grundlage beruhende Inſtitut der bäuerlichen Gutsabtretung als richtig nicht anzuerkennen. Daſſelbe iſt zwar ein Geſchäft unter Lebenden, enthält nicht eine erfrühte Erbfolge in dem Sinne, daß ſchon jetzt durch Vertrag die Beerbung eines noch Lebenden vermittelt werde, aber das Charakteriſtiſche dieſes auf einem Ueberwiegen der Elemente des Familienrechts beruhenden Vertrages beſteht darin, daß die Ueberlaſſung in Beziehung auf das Erbrecht geſchieht, daß die Abſicht der Contrahenten nicht auf Abſchließung eines Kaufes oder eines dem ähnlichen Vertrages gerichtet, ſondern da hinſichtlich der Erben ſchon jetzt in Anſehung des übergebenen Gutes oder des Anſchlagspreiſes ein Verhältniß hervorgebracht wird, welches bei der

[1]) Vgl. Beſeler deutſch. Privatr. Bd. 3 S. 60; Lewis Recht der Familienfideicommiſſe S. 323, 324; v. Salza Lehre von den Fideicommiſſen ꝛc. S. 102.

Tode des Abtretenden ohnehin eingetreten sein würde. Dasjenige, was der Gutsannehmer oder seine Geschwister dabei erhalten, fällt daher nicht bloß unter den Gesichtspunct einer im Falle der Beerbung zu conferirenden Zuwendung, sondern eines Vorempfanges auf den demnächstigen Erbtheil. Die Entscheidung beruht auf dem Zusammenhang des Ansatzvertrags mit der spätern letztwilligen Disposition und den darin mit Bezug auf jenen getroffenen Bestimmungen in Betreff der übrigen Vermögensgegenstände.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 24. Juni 1879 i. S. Dehnert w. Reinbott u. Gen. (hessische Sache). (S.)

---

46. Leibzucht. Der Ehemann hat an dem in der Leibzucht seiner Frau stehenden Vermögen ihres früheren Ehemannes dieselben Rechte, wie an deren eigenem Vermögen.

Die Ehefrau des Klägers hatte vertragsmäßig auf die ihr zustehende Nutznießung am Vermögen ihres ersten Ehemannes zu Gunsten ihres Sohnes verzichtet. Diesen Vertrag focht die Klage als rechtsunwirksam an, weil nach dem Errungenschaftsrechte der Ehemann ausschließlicher Verwalter des ehelichen Vermögens und die Frau nicht berechtigt sei, einseitig — vorliegend gegen den ausdrücklich ausgesprochenen Willen des Klägers — über Vermögensobjekte und Rechte, die sie einmal erworben habe und die somit in die Verwaltung des Ehemannes gelangt seien, zu verfügen.

In oberster Instanz wurde hierüber erkannt:

Es ist dem AG. darin beizupflichten, daß das von der Ehefrau in ihre zweite Ehe eingebrachte beleibzüchtigte Vermögen ihres ersten Ehemannes insoweit anderm eingebrachten Vermögen gleichsteht, als ihr darüber eine selbstständige Verfügung ohne Zustimmung des Ehemannes nicht zusteht, die Ausübung der aus der Leibzucht entspringenden Rechte als ein Theil des Vermögens der Frau durch deren anderweite Verehelichung vielmehr gleichfalls in die Hände des Mannes übergeht, und der Frau in Bezug auf dieses beleibzüchtigte Vermögen keine weitergehende Dispositionsbefugniß zusteht als an ihrem eingebrachten eigenthümlichen Vermögen, woran auch der Umstand nichts ändert, daß die Leibzucht ein höchstpersönliches Recht ist, welches als Recht auf einen Dritten nicht übertragen werden kann. Denn es ist bei der Leibzucht, gleichwie bei dem Usufructus, gestattet, das Recht auf Genuß und Verwaltung der Früchte der zu nießnutzenden Gegenstände andern Personen zu überlassen, und steht insoweit der Verwaltung des Mannes nichts im Wege. Das eingebrachte beleibzüchtigte Vermögen aber stellt sich als einen Theil des Ehevermögens

Das AG. erkannte die aus II feud. 45 entnommene Einrede für rechtlich unbegründet, weil der Rechtsſatz des longobardiſchen Lehnrechts, daß der Deſcendent des letzten Beſitzers das Lehn nur erwerben kann, wenn er gleichzeitig Allodialerbe wird, als eine ſinguläre nur für das Lehnrecht geltende Beſtimmung auf Familienfideicommiſſe keine Anwendung finde.

Dieſer Ausſpruch wurde auch in oberſter Inſtanz als dem beſtehenden Rechte entſprechend gebilligt [1]).

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 12. Juni 1879 i. S. v. Stein w. v. Stein Ehefrau (heſſiſche Sache). (S.)

---

45. Die Pflichttheilsklage iſt beim Anſatzvertrage ausgeſchloſſen.

Vgl. Bd. 34 Nr. 138 u. d. dort. Nachw.

Dem Kläger war das väterliche Gut durch Anſchlagsvertrag übergeben. In einer ſpätern letztwilligen Dispoſition wurde er, als durch jenen Gutsanſchlag im geſchwiſterlichen Werthe bevorzugt, vom väterlichen Nachlaß ausgeſchloſſen. Das AG. wies den Anſpruch auf den Pflichttheil ab, und in oberſter Inſtanz wurde die Nichtigkeitsbeſchwerde dagegen verworfen:

Der Kläger greift das Erkenntniß 2. Inſtanz deshalb an, weil es auf einer Verkennung der rechtlichen Natur des bäuerlichen Gutsübergabe- (Anſatz-) Vertrags beruhe, inſofern derſelbe nicht — wie früher wohl angenommen ſei — eine erfrühte Erbfolge enthalte, ſondern lediglich ein Geſchäft unter Lebenden, welches für die Beerbung nur ſo weit von Erheblichkeit werden könne, als das dabei einem Kinde Zugewendete der Collationspflicht unterworfen ſei, wozu jedoch das übergebene titulo oneroso erworbene Gut in Ermangelung einer ausdrücklichen Anordnung in dem Vertrage ſelbſt nicht zu rechnen. Dieſe Auffaſſung iſt jedoch für das auf deutſchrechtlicher Grundlage beruhende Inſtitut der bäuerlichen Gutsabtretung als richtig nicht anzuerkennen. Daſſelbe iſt zwar ein Geſchäft unter Lebenden, enthält nicht eine erfrühte Erbfolge in dem Sinne, daß ſchon jetzt durch Vertrag die Beerbung eines noch Lebenden vermittelt werde, aber das Charakteriſtiſche dieſes auf einem Ueberwiegen der Elemente des Familienrechts beruhenden Vertrages beſteht darin, daß die Ueberlaſſung in Beziehung auf das Erbrecht geſchieht, daß die Abſicht der Contrahenten nicht auf Abſchließung eines Kaufes oder eines dem ähnlichen Vertrages gerichtet, ſondern daß hinſichtlich der Erben ſchon jetzt in Anſehung des übergebenen Gutes oder des Anſchlagspreiſes ein Verhältniß hervorgebracht wird, welches bei dem

[1]) Vgl. Beſeler deutſch. Privatr. Bd. 3 S. 60; Lewis Recht der Familienfideicommiſſe S. 323, 324; v. Salza Lehre von den Fideicommiſſen ꝛc. S. 102.

Tode des Abtretenden ohnehin eingetreten sein würde. Dasjenige, was der Gutsannehmer oder seine Geschwister dabei erhalten, fällt daher nicht bloß unter den Gesichtspunct einer im Falle der Beerbung zu conferirenden Zuwendung, sondern eines Vorempfanges auf den demnächstigen Erbtheil. Die Entscheidung beruht auf dem Zusammenhang des Ansatzvertrags mit der spätern letztwilligen Disposition und den darin mit Bezug auf jenen getroffenen Bestimmungen in Betreff der übrigen Vermögensgegenstände.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 24. Juni 1879 i. S. Dehnert w. Reinbott u. Gen. (hessische Sache). (S.)

---

46. Leibzucht. Der Ehemann hat an dem in der Leibzucht seiner Frau stehenden Vermögen ihres früheren Ehemannes dieselben Rechte, wie an deren eigenem Vermögen.

Die Ehefrau des Klägers hatte vertragsmäßig auf die ihr zustehende Nutznießung am Vermögen ihres ersten Ehemannes zu Gunsten ihres Sohnes verzichtet. Diesen Vertrag focht die Klage als rechtsunwirksam an, weil nach dem Errungenschaftsrechte der Ehemann ausschließlicher Verwalter des ehelichen Vermögens und die Frau nicht berechtigt sei, einseitig — vorliegend gegen den ausdrücklich ausgesprochenen Willen des Klägers — über Vermögensobjekte und Rechte, die sie einmal erworben habe und die somit in die Verwaltung des Ehemannes gelangt seien, zu verfügen.

In oberster Instanz wurde hierüber erkannt:

Es ist dem AG. darin beizupflichten, daß das von der Ehefrau in ihre zweite Ehe eingebrachte beleibzüchtigte Vermögen ihres ersten Ehemannes insoweit anderm eingebrachten Vermögen gleichsteht, als ihr darüber eine selbstständige Verfügung ohne Zustimmung des Ehemannes nicht zusteht, die Ausübung der aus der Leibzucht entspringenden Rechte als ein Theil des Vermögens der Frau durch deren anderweite Verehelichung vielmehr gleichfalls in die Hände des Mannes übergeht, und der Frau in Bezug auf dieses beleibzüchtigte Vermögen keine weitergehende Dispositionsbefugniß zusteht als an ihrem eingebrachten eigenthümlichen Vermögen, woran auch der Umstand nichts ändert, daß die Leibzucht ein höchstpersönliches Recht ist, welches als Recht auf einen Dritten nicht übertragen werden kann. Denn es ist bei der Leibzucht, gleichwie bei dem Usufructus, gestattet, das Recht auf Genuß und Verwaltung der Früchte der zu nießbrauchenden Gegenstände andern Personen zu überlassen, und steht insoweit der Verwaltung des Mannes nichts im Wege. Das eingebrachte beleibzüchtigte Vermögen aber stellt sich als einen Theil des Ehevermögens

dar, welches nach den Grundſätzen des ehelichen Güterrechts nicht getrennt und zweitheilig, ſondern unter der alleinigen Herrſchaft des Mannes genutzt und verwaltet wird.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 11. März 1879 i. S. Fritz w. Stadt Wiesbaden (naſſauiſche Sache). (S.)

---

47. Der Beſteller einer Reallaſt (bäuerlichen Altentheils*) begründet nicht neben der Verpflichtung jedes Beſitzers noch für ſich ſelbſt eine perſönliche Verbindlichkeit**. Der Beſitz des Verklagten zur Zeit der Fälligkeit der bezüglichen Leiſtungen gehört zur Begründung der Klage.

*Vgl. Bd. 21 Nr. 65 u. d. dort. Nachw. (Auch Bd. 31 Nr. 310 u. Bd. 32 Nr. 330.) — **Vgl. Bd. 27 Nr. 44; Bd. 30 Nr. 159 u. d. dort. Nachw.

Die Klägerin, welche ſich im Vertrag mit Heinrich M. einen Altentheil auf der demſelben überlaſſenen Kathenſtelle ausbedungen hatte, forderte von dem Nachlaßcurator nach M.'s Tode ſechsjährige rückſtändige Altentheilspräſtationen. Der Verklagte behauptete, daß M. niemals in den Beſitz der Stelle gekommen, dieſe vielmehr an einen Dritten ſchon vorher verkauft und tradirt geweſen ſei. Nachdem die Klägerin in der Appellation gegen das abweiſende erſte Urtheil ausgeführt, daß die Grundſätze von Reallaſten nicht auf den Altentheil anzuwenden, der Verklagte ſich auch contractlich zur Leiſtung verpflichtet habe, erfolgte Beſtätigung der Klagabweiſung, und auch in dritter Inſtanz wurde dieſe in Folgendem gebilligt:

Die Klägerin geht davon aus, daß durch den Vertrag vom . . . eine rein obligatoriſche Verpflichtung des Stellannehmers zur Leiſtung des bedungenen Altentheils deshalb als begründet angeſehen werden müſſe, weil der Altentheil vermöge ſeiner begrenzten Dauer eine Reallaſt nicht ſei, als ſolche auch durch bloßen Vertrag nicht begründet werden könne, daß aber, davon auch abgeſehen, in dem einen Altentheil conſtituirenden Vertrage ſtets zugleich eine rein perſönliche Verpflichtung des Conſtituenten mit enthalten ſei. Dieſe Sätze ſind jedoch als richtig nicht anzuerkennen, weil eine ewige Dauer zum Weſen der Reallaſt nicht gehört, fortdauernde Präſtationen, welche von dem Uebernehmer einer bäuerlichen Stelle behufs Unterhaltung des bisherigen Beſitzers auf dem Hofe und aus den Einkünften deſſelben verſprochen werden, ſogar regelmäßig als Reallaſten erſcheinen, zu deren Begründung in dem hier in Rede ſtehenden Landestheile der Vertrag ſtets als genügend angeſehen iſt. Es liegt ferner in der Begründung der Reallaſt, durch welche der Beſitzer des belaſteten Grundſtücks als ſolcher verpflichtet wird, nicht noch neben dieſer Verpflichtung eine abgeſonderte rein perſönliche Verpflichtung für den Conſtituenten.

Haftet daher der Constituent einer Reallast an sich nur als Besitzer, so gehört auch zur Begründung der Klage auf die einzelnen Prästationen neben der Darlegung des Rechts auf Seiten des Klägers der Besitz des belasteten Grundstücks auf Seiten des Verklagten. Dieser Besitz zu einer bestimmten Zeit, gleichviel ob man den Besitz zur Zeit der Fälligkeit der Leistung oder den gegenwärtigen Besitz als entscheidend gelten lassen will, ergiebt sich aber nicht aus der Behauptung, daß der Verklagte überhaupt einmal in früherer Zeit in den Besitz gekommen, weil für die Fortdauer des Besitzes in seiner Eigenschaft als eines faktischen Zustandes eine gesetzliche Präsumtion nicht existirt.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 27. März 1879 i. S. Timm Ehefrau w. Möller'schen Nachlaßcurator (holsteinsche Sache). (S.)

---

48. Verpflichtung zur Tragung der Schullast aus herkömmlicher Leistung auch bei vermehrtem Bedürfniß.

Vgl. Bd. 4 Nr. 74; Bd. 31 Nr. 254 u. d. dort. Nachw. S. auch Bd. 34 Nr. 319.

In der Stadt Fr. hatte das Stift St. Peter bis zu seiner im Jahre 1803 erfolgten Säcularisation die beiden dort bestehenden Knabenschulen erhalten. Mehrfache gegen Schluß des vorigen Jahrhunderts gemachte Versuche, die Stadt zu Beiträgen für diese Schulen heranzuziehen, waren von dieser abgelehnt. Seit der Säcularisation des Stifts bestritt der Staat die Kosten der beiden Schulen in dem bisherigen Umfange. Bereits im Jahre 1843 gab dieses Verhältniß zu einem Processe Veranlassung. Die Regierung hatte die Errichtung einer dritten Knabenschule zu Fr. nöthig befunden und die Beibringung der Kosten der Stadt aufgegeben. Diese klagte gegen den Staat auf Befreiung von diesen Kosten, weil seit unvordenklicher Zeit das Stift St. Peter, resp. dessen Rechtsnachfolger, der Staat, sämmtliche Kosten der Knabenschulen zu Fr. bestritten habe. Das Gericht erster Instanz legte hierüber Beweis auf, fand diesen Beweis erbracht, und verurtheilte den Staat klaggemäß. Das OAG. zu Cassel jedoch reformirte dieses Erkenntniß und wies die Klage ab, weil aus der Bestreitung der Kosten der beiden ersten Knabenschulen nicht die Verpflichtung zur Bestreitung der Kosten einer dritten zu folgern sei.

Neuerdings war durch Gesetz die Erhöhung der Lehrerbesoldungen für die Volksschulen und die Verpflichtung der Gemeinden, für diese Erhöhungen aufzukommen, angeordnet worden. Die Regierung nahm demgemäß die Stadt wegen der angeordneten Erhöhung der Besoldungen auch für die hier fraglichen beiden Schulen in Anspruch. Die Stadt verweigerte diese Kosten und erhob abermals einen Proceß gegen den Staat, durch welchen sie Befreiung von diesen Kosten für die Zukunft und Erstattung des bereits

Gezahlten begehrte, gegründet darauf, daß die Kosten dieser beiden Schulen stets das Stift resp. der Staat getragen habe.

In erster Instanz wurde der Gesichtspunkt der unvordenklichen Verjährung, kraft welcher hier ein Rechtsverhältniß entstanden sei, für begründet angenommen und der Verklagte verurtheilt. In zweiter Instanz erfolgte Abweisung der Klage, die in dritter Instanz aus folgenden Gründen bestätigt wurde.

Wenn das Stift St. Peter, so lange es bestand, „alle Kosten" der hier fraglichen beiden Schulen bestritt, so geschah dies ohne Zweifel deshalb, weil diese Schulen, in Uebereinstimmung mit der geschichtlichen Entwickelung des Schulwesens in Deutschland überhaupt, kirchliche Anstalten waren, d. h. weil sie von dem Stifte kraft der von ihm vertretenen kirchlichen Interessen gegründet waren, geleitet, und demgemäß auch unterhalten wurden. Und wenn ferner nach Säcularisation des Stiftes der Staat die bis dahin vom Stifte bestrittenen Kosten der Schulen fortentrichtete, so geschah dies ohne Zweifel in Anerkennung seiner Verpflichtung stiftungsmäßiger Verwendung der durch die Säcularisation auf ihn übergegangenen Vermögensbestände. Dagegen liegt keine genügend erkennbare thatsächliche Grundlage für den Bestand eines Rechtsverhältnisses vor, wonach das Stift verpflichtet gewesen wäre und demgemäß der Staat die Verpflichtung überkommen hätte, „alle Kosten" der Schulen zu Fr. oder auch nur der hier fraglichen beiden Schulen in dem Sinne zu tragen, daß das Stift, resp. jetzt der Staat auch für die durch veränderte Verhältnisse nothwendig gewordenen Mehrkosten der Schulen der Stadt gegenüber aufzukommen hätte. Weder der Umstand, daß die von dem Stifte seiner Zeit bestrittenen Kosten angeblich alle damaligen Kosten der Schulen umfaßten, noch der weitere Umstand, daß das Stift gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts Erhöhungen der Lehrergehalte, nach Ablehnung derselben von Seiten der Stadt, aus eigenen Mitteln vornahm, vermag ein solches Rechtsverhältniß oder auch nur einen Besitzstand in Beziehung auf ein solches zu begründen. Wie denn auch nicht verständlich sein würde, wie das Stift, bei der natürlichen Begrenzung seiner Mittel durch das Maß seiner Einnahmen und die ihm noch anderweit obliegenden Ausgaben, eine solche unbegrenzte Verpflichtung zur Unterhaltung der Schulen habe übernehmen mögen. Hiernach, und da unbestritten die fraglichen Schulen jetzt zu öffentlichen Volksschulen geworden sind, hat mit Recht die Königliche Regierung die durch die veränderten Verhältnisse nothwendig gewordenen Mehrkosten von der Stadtgemeinde, als derjenigen Körperschaft, welche nach dem bestehenden Rechte für die Kosten der Volksschule aufzukommen hat, in Anspruch genommen.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 8. Juli 1879 i. S. Stadt Fritzlar w. Fiskus (hessische Sache). (B.)

49. Anspruch eines Privatgläubigers eines Handelsgesellschafters gegen diesen auf Edition der Handelsbücher der Gesellschaft behufs Nachweisung der verbesserten Vermögensverhältnisse des Schuldners zur Begründung einer Nachforderungsklage gegen ihn.

Vgl. Bd. 27 Nr. 82.

K. Sch. war im Jahre 1858 dem Handlungshause P. & Comp. mit einer Restschuld von 631 fl. verhaftet geblieben, welche er zu bezahlen versprochen hatte, sobald sich seine Vermögenszustände gebessert haben würden. Später war K. Sch. mit seinem Sohn in eine Handelsgesellschaft unter der Firma K. Sch. & Sohn getreten. Im Jahre 1874 klagten P. & Comp. gegen K. Sch. auf Zahlung jener 631 fl. und, um die Verbesserung der Vermögensverhältnisse desselben nachzuweisen, begehrten sie die Vorlage der Geschäftsbücher der Firma K. Sch. & Sohn nach Art. 37 des HGB. Die erste Instanz wies dies Begehren zurück, weil nach Art. 37 des HGB. die Vorlage der Handelsbücher nur der Gegenpartei auferlegt werden könne, hier aber die Klage gegen K. Sch. gerichtet erscheine und die Vorlage der Handelsbücher von der Firma K. Sch. & Sohn verlangt werde, während aus der Klage nicht hervorgehe, daß die genannte Firma zur Zahlung der 631 fl. mit verpflichtet sei. . . . In zweiter Instanz wurde dem Antrage der Kläger gewillfahrt, weil der Beklagte zugestandenermaßen Chef und offener Gesellschafter der Firma K. Sch. & Sohn sei, daher die Bücher dieser Firma auch als die seinigen anzusehen seien und weil es sich um die Constatirung von Thatsachen handle, welche aus den genannten Büchern allerdings entnommen werden könnten. . . . Der oberste Gerichtshof zu Wien bestätigte jedoch die Entscheidung der ersten Instanz mit Bezug auf deren Gründe und in der Erwägung, daß das Begehren an sich unzulässig sei und auch durch die Angabe, der Beklagte sei Chef der Firma K. Sch. & Sohn nicht gerechtfertigt werden könne, weil derselbe nicht in dieser Eigenschaft belangt worden, vielmehr die Kläger nur als Privatgläubiger eines offenen Gesellschafters erschienen und weil selbst in dem Falle, wenn ein Gesellschafter nach Art. 98 des HGB. seinen Antheil einseitig einem Dritten abtrete, dieser doch nicht zur Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft berechtigt sei, weshalb ein solches Recht um so weniger dem Privatgläubiger eines Gesellschafters zustehen könne.

Allgem. österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1874 S. 371, 372. (X.)

50. Die Bestimmung des Art. 47 des HGB. über den Umfang der Vollmacht eines Handlungsbevollmächtigten betrifft auch das innere Verhältniß zwischen Principal und Handlungsbevollmächtigtem.

„Der Appell.-Richter nimmt an, daß Kläger für den Schaden, welchen er während seines Dienstes als Mühleninspector in der Dampfmühle des Verklagten durch Verkauf von Mehl auf Credit dem Letztern zugefügt, verantwortlich sei, wenn Verklagter ihm untersagt hatte, den Kunden der Mühle Credit zu gewähren. Er hält dagegen für unerheblich, ob, wie Verklagter behauptet, das Verkaufen auf Credit bei Mühlengeschäften von der Art des von ihm betriebenen allgemein nicht üblich ist, und hat deshalb unterlassen, den hierüber angebotenen Beweis zu erheben.

Mit Recht greift die Nichtigkeitsbeschwerde diese Entscheidung als gegen Art. 47 des HGB. verstoßend an. Nach Art. 47 erstreckt sich die Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche die Ausführung von Geschäften von der Art der ihm übertragenen gewöhnlich mit sich bringt. Diese Bestimmung betrifft zwar hauptsächlich das Rechtsverhältniß des Principals und des Handlungsbevollmächtigten gegenüber Dritten aus Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Handlungsbevollmächtigte im Namen des Principals vorgenommen hat (Art. 52, 55 des HGB.); sie begrenzt aber den Umfang der Vollmacht desselben überhaupt, mithin auch in Ansehung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Principal und seinem Handlungsbevollmächtigten, — mit welcher Auslegung auch die Rechtsprechung des preuß. Obertribunals zu Berlin übereinstimmt. (Vgl. Striethorst Archiv Bd. 64 S. 260.) Es ist daher anzunehmen, daß, sofern nichts Andres zwischen Principal und Handlungsbevollmächtigtem ausgemacht worden ist, bei Beurtheilung der zwischen ihnen bestehenden Rechte und Pflichten der Umfang der Vollmacht demselben Maßstabe unterliegt, wie bei der Wirksamkeit derselben nach Außen hin. Der Kläger war, wenn er ohne nähere Begrenzung seiner Befugnisse mit der kaufmännischen Geschäftsführung in der Mühle des Verklagten betraut war, eben so weit, aber auch nur so weit zum Abschlusse von Rechtsgeschäften ermächtigt, wie es eine derartige Geschäftsführung gewöhnlich mit sich bringt. Die Behauptung, daß hierzu der Verkauf von Mehl auf Credit nicht gehöre, indem derselbe bei derartigen Mühlengeschäften allgemein nicht üblich sei, war mithin erheblich." . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 13. Septbr. 1878 in d. preuß. Sache Guradze, Bekl., w. Lange, Kl. Entscheidungen Bd. 24 S. 196, 197. (X.)

BIBL. CODR. COLL. OXON. ANIM. OXON.

51. Der Handlungsreisende kann seines Principals Kaufgeldforderung, dem Käufer gegenüber, nicht dadurch zur Erlöschung bringen, daß er Letzterem, mit Rücksicht auf eine eigene, durch Compensation zu tilgende Schuld an ihn, ohne Zahlung Quittung ertheilt.

Nach der Fassung des Art. 49 des HGB. kann der Handlungsreisende bei den von ihm für sein Haus abgeschlossenen Verkäufen, ohne nachzuweisende besondere, weiter gehende Ermächtigung, zwar die betreffenden Zahlungen mit für den Käufer befreiender Wirkung in Empfang nehmen, auch Zahlungsfristen bewilligen, da diese Handlungen als Förderung des vom Reisenden innerhalb des ihm überwiesenen Geschäftskreises in Obacht zu nehmenden Interesses des Principals sich darstellen. Erlasse an dem Kaufpreise hat dagegen der Handlungsreisende auf Grund der aus dem Art. 49 fließenden Ermächtigung niemals zu verwilligen[1]). Die nämliche rechtliche Auffassung muß auch Anwendung finden, wenn der Reisende dem Gastwirth, bei welchem er aus Veranlassung seiner Geschäftsreisen verkehrt hat, gestatten will, die Forderungen, welche dem Gastwirth an ihn dadurch erwachsen sind, daß er lediglich in seinem Interesse Zahlungsverbindlichkeiten contrahirt hat, gegenüber den Geschäftsforderungen des Principals aufzurechnen. Denn, an sich und abgesehen von im einzelnen Falle seitens desjenigen, welcher sich darauf stützen will, anzuführenden und zu erweisenden besonderen Umständen, kann zweifellos der Principal, Dritten gegenüber, nicht als gehalten erachtet werden, für die Verpflegung seines Handlungsreisenden und für andere auf dessen geschäftlicher Laufbahn erwachsende persönliche Bedürfnisse desselben aufzukommen. Für Aufstellung eines derartigen allgemeinen Satzes fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, und die Natur der Sache spricht dafür eben so wenig[2]). Es würde namentlich die Zulassung einer Compensation der fraglichen Art darauf hinauskommen, daß der Principal genöthigt würde, statt des ihm seitens seines Handelsreisenden zu vermittelnden Gegensatzes für die durch Letzteren vertriebenen Waaren sich mit einer Regreßforderung an den Geschäftsreisenden zu begnügen, eine Auffassung, für welche eine rechtliche Basis sich nicht finden läßt und welche namentlich auch mit den, heutzutage die oberste Norm für die rechtliche Wirksamkeit aller Verträge bildenden Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar sein würde.

Wenn nun aber, so weit die hinsichtlich der sog. exceptio non numeratae pecuniae in Frage kommenden besondern Grundsätze Anwendung finden sollen, es sich lediglich darum handeln kann, ob trotz des in der Quittungsleistung liegenden Zahlungsbekenntnisses doch darauf zurückgegangen werden könne, daß die Gewährung derjenigen Gegenstände,

[1]) Vgl. Bd. 33 Nr. 244 u. d. dort. Nachw.
[2]) Vgl. Bd. 12 Nr. 269.

welche das Object der Leistung bilden, dem Gläubiger gegenüber in Wahrheit nicht bewirkt worden, bezw. für bewirkt nicht zu achten sei, so zeigt sich auch, daß diese Sätze . . . nicht einschlagen; denn nicht darauf stützt sich der Kläger, daß die vom Beklagten behaupteten Compensationsverträge nicht zu Stande gekommen seien oder aus besondern, die rechtliche Wirksamkeit derselben hindernden Gründen für nicht eingegangen zu erachten seien, sondern auf die ganz richtige Annahme, daß von Haus aus der für ihn dabei aufgetretenen Mittelsperson die rechtliche Befähigung, derartige Verträge mit für ihn, den Kläger, verbindlicher Wirkung zu schließen abgegangen sei, daß daher, wenn diese Verträge durch Ausstellung der vom Beklagten für sich angezogenen Quittungen ihren äußern Ausdruck erhalten, die Quittungen als rechtliche Wirkung äußernd nicht anzusehen sein würden, da sie von einer zu deren Ertheilung nicht legitimirten Person ertheilt worden.

Erk. des OAG. zu Dresden v. 7. April 1868. Annalen N. F. Bd. 3 S. 23, 24. (X.)

---

52. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, welche der Handlungsbevollmächtigte nach Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Principals für diesen abgeschlossen hat.

Vgl. Bd. 3 Nr. 321.

„Der Umstand, daß der Handlungsbevollmächtigte des Gemeinschuldners zur Zeit des für denselben abgeschlossenen Geschäfts keine Kunde von dem Concurseintritt hatte, ist unerheblich. Denn, da in dem Augenblicke, in welchem das Vermögen des Schuldners dem Concursrecht unterworfen wird, die Gesammtheit der Activa desselben auf seine Creditoren übergeht so sind alle Verfügungen, durch welche, sei es von ihm selbst, sei es durch Handlungsbevollmächtigte desselben, der Activbestand der demnächstigen Masse verringert wird, wirkungslos. Vergeblich beruft sich hiergegen der Beklagte auf den Art. 54 des HGB., zufolge dessen der Tod des Principals das Erlöschen der Handlungsvollmacht nicht ohne Weiteres zur Folge hat. Diese Gesetzesbestimmung ist weder ihrem eigentlichen Inhalt nach auf den vorliegenden Fall anwendbar, noch bietet sie für denselben eine Analogie. Letzteres schon deshalb nicht, weil Handlungsbevollmächtigte materiell keine umfänglicheren Rechte ausüben können, als der Principal persönlich auszuüben befähigt gewesen wäre."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 3. Septbr. 1878 in d. hamb. Sache cur. bon. Maier, Kl., w. Pitzck, Bekl. Entscheidungen Bd. 24 S. 193, 194. (X.)

---

53. Die Gesellschafter haften mit ihrem Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden nicht bloß subsidiarisch, wenn der über das Gesellschaftsvermögen eröffnete Concurs durch Vereinbarung mit den bekannten Concursgläubigern wieder aufgehoben worden ist. HGB. Art. 122.

Vgl. Bd. 33 Nr. 56.

„Im Art. 112 des HGB. ist für die offene Handelsgesellschaft das Princip aufgestellt, daß die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch haften. Dieses Princip erleidet nach Art. 122 eine Ausnahme im Falle des Concurses der Gesellschaft: solchenfalls müssen die Gesellschaftsgläubiger ihre Befriedigung zunächst aus dem Gesellschaftsvermögen suchen, und nur wegen des Ausfalls, den sie an ihren Forderungen im Gesellschaftsconcurse erleiden, können sie die Gesellschafter bzw. deren Privatvermögen, in Anspruch nehmen. Da es sich hier um eine streng auszulegende Ausnahmebestimmung handelt, so kann dieselbe nur Platz greifen, wenn ihre Voraussetzungen vollständig vorhanden sind; andernfalls tritt die Regel des Art. 112 ein.

Die Vorschrift in Art. 122 hat nun keineswegs bloß zur Voraussetzung, daß der Concurs zu dem Vermögen der Gesellschaft eröffnet worden ist. Es kann der Fall eintreten, daß der Eröffnungsbeschluß mit Erfolg angefochten wird; auch kann, wenigstens nach sächsischem Recht, das Concursgericht denselben aus eigner Bewegung zurückziehen, wenn sich herausstellt, daß es an den Erfordernissen der Concurseröffnung gefehlt hat, z. B. daß die Gesellschaft in der That nicht insolvent ist. In diesen Fällen verliert die Concurseröffnung jede rechtliche Wirkung, gleich als wäre sie überhaupt nicht beschlossen worden. Die Handelsgesellschaft bleibt bestehen und die solidarische Haftpflicht der Gesellschafter dauert unbeschränkt fort.

Es kann aber auch weiter zur Einstellung eines auf Grund unanfechtbarer Unterlagen eröffneten Gesellschaftsconcurses kommen, wenn die bekannten Gläubiger sämmtlich in Aufhebung desselben willigen. Die Vorschrift im Art. 122 des HGB. ist hier ebenfalls nicht anwendbar, sie hat vielmehr zur Voraussetzung, daß die Gesellschaftsgläubiger abgesondert aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden. Dies bildet das Correlat zu der Beschränkung ihres Anspruchs auf Befriedigung aus dem Privatvermögen der Gesellschafter; nur wenn und weil das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger, mit Ausschluß der Privatgläubiger der Gesellschafter, verwendet wird, soll zu Gunsten der Privatgläubiger die Haftung des Privatvermögens für die Gesellschaftsschulden auf den aus dem Gesellschaftsvermögen nicht gedeckten Betrag beschränkt werden; ohne dies kann überhaupt von einem Ausfall der Gesellschaftsforderungen im Gesellschaftsconcurse nicht die Rede sein.

Erk. des ROHG. zu Leipzig (3. Sen.) v. 14. März 1878 in d. sächs. Sache Romroth, Kl., w. Weber Verkl. Entscheidungen Bd. 24 S. 42, 43. (X.)

---

54. Die kurze Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter nach Art. 146 ff. des HGB. gilt nicht im Falle der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch den Gesellschaftsconcurs.

„Der Art. 146 des HGB., wenn er von dem Tage spricht, an welchem die Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, kann sich, bei der systematischen Eingliederung in das einheitlich geschaffene Gesetzbuch, nur auf die zuvor in diesem Gesetzbuche verordneten Eintragsfälle beziehen, also nur auf die in Art. 123 Nr. 2 bis 6 und in Art. 125 vorgesehenen Fälle der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft, dagegen nicht auf den Fall ihrer Auflösung durch den Gesellschaftsconcurs. Der Wille des Gesetzgebers erhellt ganz klar aus dem Gegensatze, in welchen er letzteren Fall zu den sämmtlichen anderen Fällen stellt, und daraus, daß er den für die fünfjährige Verjährung der Art. 146 bis 149 als nothwendig gesetzten Anfangspunkt für den Fall der Auflösung durch den Gesellschaftsconcurs nicht verordnet hat. Für die von dem Gesetzgeber gewollte Unterscheidung sprechen auch gewichtige innere Gründe. Die Stellung der Gesellschaftsgläubiger zu den Gesellschaftern im Falle der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch den Gesellschaftsconcurs unterscheidet sich (wirthschaftlich und rechtlich) sehr wesentlich von dieser Stellung in den zur Liquidation führenden Auflösungsfällen. In letzteren Fällen ist durchschnittlich die Sufficienz des Gesellschaftsvermögens vorauszusetzen und dabei von dem Gesetzgeber durch eine Reihe von Bestimmungen (namentlich durch Art. 137, 141, 148) auf das Sorgfältigste für schnelle und sichere Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger gesorgt. Bei dieser Lage der Gesetzgebung und des regelmäßigen Lebensverhältnisses rechtfertigte es sich (zum Zwecke beschleunigter Regelung der bezüglichen Rechtsverhältnisse und Befreiung der Gesellschafter von der ihre productive Thätigkeit lähmenden Unsicherheit ihrer Vermögenslage), in den zur Liquidation führenden Auflösungsgründen die kurze Verjährung einzuführen. In den Fällen der Auflösung durch den Gesellschaftsconcurs ist dagegen durchschnittlich anzunehmen, daß auch der vigilante Gläubiger im Concurse nicht zur vollen Befriedigung gelangt und sind die Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gegenüber ganz besonders durch die Bestimmung des Art. 122 bevorzugt, daß diese Gläubiger aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalles in dem Concurse der Gesellschaft Befriedigung suchen dürfen. Aus dem Begriff des Ausfalles folgt, daß die Gläubiger regelmäßig ge-

nöthigt sein werden, die Abwicklung des Gesellschaftsconcurses abzuwarten, ehe sie ihr Recht in bestimmtem Betrage gegen den Gesellschafter verfolgen können. Es mußte hiernach namentlich auch deswegen bedenklich erscheinen, für die Fälle der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch den Gesellschaftsconcurs die kurze Verjährung durch das HGB. einzuführen, weil die wirthschaftliche und rechtliche Lage der Gesellschaftsgläubiger in diesem Falle sehr wesentlich durch die Bestimmungen der (im Ganzen nicht in das HGB. hereingezogenen) Concursgesetze beeinflußt wird."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (3. Sen.) v. 7. März 1878. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1878 S. 205. (X.)

---

55. Actiengesellschaften können in keiner Beziehung als Societäten betrachtet werden.

Vgl. Bd. 1 Nr. 54; Bd. 12 Nr. 58 S. 74; Bd. 18 Nr. 267.

Das Plenum des Obertribunals zu Berlin hat unterm 20. Decbr. 1875 über die von mehreren Senaten dieses Gerichtshofes abweichend von einander entschiedene Frage: ob in dem Falle, wo bei Bildung einer Actiengesellschaft eine Vereinbarung dahin geschlossen wird, daß einzelne Contrahenten eine auf das Grundkapital anzurechnende, nicht in baarem Gelde bestehende Einlage machen und dagegen mit einer, ihrem festgesetzten Werthe entsprechenden Anzahl von Actien an der Gesellschaft betheiligt werden, diese Vereinbarung, ihrer rechtlichen Natur nach, ein von dem Gesellschaftsvertrage als solchem verschiedenes Rechtsgeschäft darstelle, dieselbe insbesondere, soviel die Erhebung der Stempelsteuer betrifft, als Kaufvertrag, Tauschvertrag oder Hingabe an Zahlungsstatt zu qualificiren sei, — eine Entscheidung abgegeben, deren Motiven wir Folgendes entnehmen.

Die Frage, auf deren Entscheidung es hier ankommt, ist: ob das HGB. Bestimmungen enthält, welche zu der Annahme berechtigen, es habe die Actiengesellschaften in einer oder der andern Beziehung unter den Gesichtspunct der Societät gestellt? Diese Frage ist zu verneinen.

Zwischen den Actionären besteht, so lange die Actiengesellschaft besteht, keinerlei obligatorisches Rechtsverhältniß, es hat kein Actionär gegen den andern die actio pro socio. Die Actionäre haben nur Rechte und Pflichten gegen die Actiengesellschaft als solche. Die Verpflichtungen derselben beschränken sich auf ihre durch die Zeichnung entstandenen Verpflichtungen (Art. 222, 223 des HGB.), und ihre Rechte auf ihren Anspruch auf den einen Gewinn (Art. 216), ihre Betheiligung an den Generalversammlungen (Art. 224, 237) und ihr Interventionsrecht bei Klagen gegen die Mit-

glieder des Vorstandes oder Aufsichtsrathes (Art. 226). Darüber herrscht Uebereinstimmung der Ansichten (vgl. Entscheidungen des ROHG. Bd. 14 S. 356 ff. und die dort citirten Schriftsteller, namentlich Renaud das Recht der Actiengesellschaften S. 138, 649).

Schon der Umstand allein, daß die Actionäre kein Klagerecht gegen einander haben, beweist, daß nach der Auffassung des HGB. die Actiengesellschaft keine Societät ist. Denn zum Wesen der Societät gehört, daß jeder Gesellschafter zu den übrigen in einem obligatorischen Rechtsverhältnisse steht, bzw. die actio pro socio hat.

Es enthält aber das HGB. außerdem noch verschiedene andere Bestimmungen, welche im Widerspruche stehen mit wesentlichen Merkmalen der Societät. Dieser Widerspruch erklärt sich daher, daß es bei der Societät wesentlich auf die Individualität der Theilnehmer abgesehen ist, bei der Actiengesellschaft aber es auf die Individualität der Actionäre nicht ankommt, sondern nur auf Beschaffung des erforderlichen Kapitals. Folgende Unterschiede sind hervorzuheben:

1. Der Actionär kann sein Recht beliebig einem Dritten übertragen und es kann eine Trennung seines Rechtes und seiner Verpflichtung stattfinden, indem er ungeachtet der Uebertragung seines Rechtes, in Folge der Zeichnung verpflichtet bleibt (Art. 222, 223). Die Rechte und Pflichten des socius aber sind untrennbar mit einander verbunden, und es ist demselben nicht gestattet, seine Rechte beliebig einem Dritten zu übertragen.

2. Die Organisation der Actiengesellschaft ist durch das Gesetz in bestimmter Weise geregelt und nur innerhalb der durch das Gesetz festgestellten Grenzen ist der willkürlichen Einigung Raum gegeben. Die Actiengesellschaft muß namentlich einen Vorstand haben, welcher allein die Geschäfte führt (Art. 227, 230) und einen Aufsichtsrath, welcher die Geschäftsführung controlirt (Art. 259 Nr. 6, 225a), der einzelne Actionär, als solcher, ist ausgeschlossen von der Theilnahme an der Geschäftsführung und Controle. Bei der Societät hängt die innere Organisation derselben lediglich von der Einigung der Theilnehmer ab; in Ermangelung einer solchen Einigung hat jeder von ihnen gleiches Recht bezüglich der Geschäftsführung.

3. Eine Actiengesellschaft kann für immerwährende Zeit errichtet (Art. 209 Nr. 3), sie kann durch einseitige Willkür eines Actionärs nicht aufgelöst werden (Art. 216, 242 Nr. 2), und der Tod eines Actionärs, Concurs über sein Vermögen und eingetretene Unfähigkeit, sein Vermögen zu verwalten, sind ohne allen Einfluß auf den Bestand der Actiengesellschaft. In allen diesen Beziehungen gelten bei einer Societät abweichende Grundsätze. Hierzu tritt noch der entscheidende Umstand:

4. daß im HGB. sich keine einzige Bestimmung findet, welche zu der Annahme berechtigt, dasselbe habe die Actiengesellschaft in irgend einer Beziehung unter den Gesichtspunct einer Societät gestellt. Wenn hiergegen

angeführt wird, Actiengesellschaften, welche zum Betriebe von Handelsgeschäften gegründet werden, würden im HGB. als Handelsgesellschaften bezeichnet, so ist dagegen zunächst zu bemerken, daß nicht in Frage steht, was Actiengesellschaften, welche Handel treiben, sind, sondern was Actiengesellschaften sind, sie mögen Handel treiben oder nicht. Demnächst aber hat es mit der Bezeichnung Handelsgesellschaft folgende Bewandtniß.

Das HGB. gebraucht den Ausdruck „Handelsgesellschaft" in einem ganz allgemeinen Sinne, nämlich damit nichts weiter meinend, als Gesellschaften, welche Handel treiben. Dies geschieht in dem Art. 5 älterer und neuerer Fassung, in der Ueberschrift des 2. Buches und insbesondere in dem Art. 207 älterer und Art. 208 neuerer Fassung. In diesem allgemeinen Sinne ist der Ausdruck „Handelsgesellschaft" keineswegs gleichbedeutend mit dem Begriffe „Societät." Dies ergiebt sich aus der Unterscheidung, welche das HGB. macht. Es handelt nämlich

1. von der offenen Handelsgesellschaft. Dieselbe ist eine Societät; denn sie hat alle Merkmale der Societät an sich. Aber sie ist eine modificirte Societät in Folge des Führens einer Firma. Dadurch erlangt sie eine gewisse Selbstständigkeit, am Prägnantesten hervortretend in der Bestimmung des Art. 111, außerdem erkennbar in den Art. 121, 122.

2. Die Commanditgesellschaft steht, sofern mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind, unter den für die offene Handelsgesellschaft geltenden Gesetzen (Art. 150). Die Commanditisten aber unterliegen abweichenden Gesetzen; insbesondere dann, wenn das Kapital der Commanditisten in Actien oder Actienantheile zerlegt ist.

3. Die Actiengesellschaft steht unter abweichenden Gesetzen, welche, wie gezeigt, mit den bezüglich der Societät und offenen Handelsgesellschaft als Societät nichts gemein haben.

Bei solcher Sachlage kann weder aus der ursprünglichen, noch aus der veränderten Fassung der Art. 5, 207, 208 irgend eine Folgerung gezogen werden. Denn wenn in diesen Paragraphen von Handelsgesellschaften gesprochen wird, so geschieht dies eben nur in dem angegebenen allgemeinen Sinne, dagegen ist damit eine Societät nicht gemeint. Namentlich ist die Fassung des Art. 208:

> Eine Actiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht,

deshalb gewählt worden, um die bisher nur für Handelsgesellschaften geltenden Vorschriften des HGB. über Actiengesellschaften, sowie die neuen Artikel des Gesetzes vom 11. Juni 1870 für alle Actiengesellschaften, sie mögen Handel treiben oder nicht, anwendbar zu machen (Motive S. 33). Es kann daher auch aus der Fassung jenes Art. und des Art. 5 gar nichts über die Qualification der Actiengesellschaften gefolgert werden (vgl. Endemann das Bundesgesetz vom 11. Juni 1870 S. 3, 9, 24, 29).

Ist aber, wie gezeigt, die Actiengesellschaft keine Societät, so ergiebt sich, daß die Grundsätze, welche bezüglich des Einbringens in eine Societät gelten, keine Anwendung finden können auf die Einlagen in eine Actiengesellschaft. Letztere unterliegen vielmehr besonderen Regeln.

Was zunächst die Gegenstände anbelangt, welche in eine Actiengesellschaft eingelegt werden können, so kann zwar außer Geld (der Regel), alles eingelegt werden, was eine Werthschätzung zuläßt. Es können also nicht bloß Sachen eingelegt werden, sondern auch der Gebrauch, die Nutzung von Sachen, Dienste u. s. w. (Renaud a. a. O. S. 752 ff.).

Das Unterscheidende des Einbringens in eine Societät und des Einlegens in eine Actiengesellschaft besteht aber darin, daß das Einbringen in die erstere die Gesellschafter zu Miteigenthümern der eingebrachten Sachen macht, die in die letztere eingelegten Sachen aber Eigenthum der Actiengesellschaft, als solcher, werden. Hierüber kann nach dem Art. 213 kein Zweifel obwalten.

Wenn daher Art. 216 sagt:

> Jeder Actionär hat einen verhältnißmäßigen Antheil an dem Vermögen der Gesellschaft,

so ist damit augenscheinlich nicht gemeint, jeder Actionär sei nach Verhältniß der Actien, die er besitzt, Miteigenthümer der zur Activmasse gehörigen Sachen und participire nach diesem Verhältnisse an den Forderungen und Schulden der Gesellschaft; denn es folgt unmittelbar der Satz:

> Er kann den eingezahlten Betrag nicht zurückfordern und hat, so lange die Gesellschaft besteht, nur einen Anspruch auf den reinen Gewinn, so weit dieser nach dem Gesellschaftsvertrage zur Vertheilung unter die Actionäre bestimmt ist.

Hier wird deutlich ausgesprochen, der Actionär habe, so lange die Gesellschaft besteht, nur einen persönlichen Anspruch gegen die Gesellschaft und zwar nur auf Zahlung des reinen Gewinnes.

Welche Deutung man also auch dem ersten Satze im Art. 216 geben mag, so viel steht fest, daß, so lange die Actiengesellschaft besteht, die Actionäre nicht Miteigenthümer der im Eigenthum der Actiengesellschaft befindlichen Sachen sind (vgl. Ladendorf in Busch Archiv des Handelsr. Bd. 6 S. 206; Bekker in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 17 S. 395; Renaud a. a. O. S. 188; und die Commentatoren des HGB. zu dem Art. 216, von Hahn, 2. Aufl. S. 624 Anschütz und v. Völderndorff Bd. 2 S. 495; Puchelt S. 398, 404 Mackower 2. Aufl. S. 181).

Die von den Gegnern in Bezug genommenen Art. 91, 143, 172 des HGB. sind hiernach für die Entscheidung der vorliegenden Frage unerheblich weil das Einlegen in eine Actiengesellschaft eine andere rechtliche Bedeutung hat, als das Einbringen in eine offene Handelsgesellschaft und das Einbringen in eine Commanditgesellschaft.

Dem Schlußsatze der gegnerischen Ausführung, daß der Gründer oder Actionär, der sich im Gesellschaftsvertrage verpflichte, gewisse Vermögensstücke gegen Gewährung einer dem angenommenen Schätzungswerthe entsprechenden Anzahl von Actien in die zu bildende Actiengesellschaft einzuwerfen, hierdurch eine Verpflichtung eingehe, welche lediglich seine Leistung aus dem Gesellschaftsvertrage betreffe, und daß das Einwerfen solcher Vermögensstücke sich als Erfüllung der in einem eigentlichen Gesellschaftsvertrage übernommenen Verpflichtung eines Gesellschafters, als solchen, darstelle, liegt die oben widerlegte Ansicht von der Gleichstellung der Einlage in eine Societät und in eine Actiengesellschaft zum Grunde. Wenn auch ein solcher Gründer oder Actionär nur unter der Voraussetzung der Actiengesellschaft beitreten will, daß die von ihm offerirte Werthseinlage unter den von ihm gestellten Bedingungen angenommen wird, so bedarf es doch eben einer besonderen Vereinbarung zwischen ihm und der Actiengesellschaft, um die beiderseitigen Verpflichtungen, Leistung und Gegenleistung, festzustellen. Auf dieser, wenn schon in den Gesellschaftsvertrag aufgenommenen und damit verknüpften, Vereinbarung beruht die von dem Gründer oder Actionär eingegangene Verpflichtung bezüglich der Werthseinlage; es trägt diese Vereinbarung alle Merkmale des Rechtsgeschäftes an sich, welches geeignet und erforderlich ist, um das zur Einlage bestimmte Vermögensstück, je nach der Beschaffenheit desselben, auf die Actiengesellschaft zu übertragen und unterliegt als besonderes Rechtsgeschäft ohne Rücksicht auf die Verbindung, in die es mit dem Gesellschaftsvertrage gebracht ist, der Besteuerung nach Maßgabe des Stempeltarifes (vgl. das Präjudiz Nr. 275 des Senats für Strafsachen, Entscheidungen Bd. 47 S. 450).

Erk. des Obertribunals zu Berlin (Plenarbeschluß) v. 20. Decbr. 1875. Entscheidungen Bd. 76 S. 21 ff. S. 47 ff. (X.)

---

56. Dem Einzelactionär steht während des Bestehens der Gesellschaft auch Namens der Gesellschaft eine Klage auf Schadensersatz zur Gesellschaftskasse, bzw. Liquidationsmasse, gegen die Organe der Gesellschaft nicht zu*. — Rechtliche Natur der Actiengesellschaft**. — Actio utilis des Cessionsberechtigten***.

*Vgl Bd. 32 Nr. 268; Bd. 33 Nr. 59 u. d. dort. Nachw. — **Vgl. Bd. 12 Nr. 58; Bd. 18 Nr. 267 u. die vorige Nr.. — ***Vgl. Bd. 32 Nr. 314 u. d. dort. Nachw.

„Das ROHG. hat bereits in seinen Entsch. Bd. 19 S. 178 ff. (vgl. dieses Arch. Bd. 32 Nr. 268) ausgesprochen, daß dem Einzelactionär ein Recht auf Abtretung des seinen Actien entsprechenden Antheils am Anspruch der Gesellschaft auf Schadensersatz gegen hierzu verpflichtete Mitglieder des Aufsichtsraths, so lange die Gesellschaft besteht, nicht zusteht. . . .

Jene Entscheidung berührt nun allerdings den Fall nicht, daß Einzelactionäre Namens und im Interesse der Gesellschaft die Leistung eines dieser zustehenden Schadensersatzes zur Gesellschaftskasse bzw. Liquidationsmasse fordern; und diese Richtung hat der erhobene Anspruch nach der wiederholt erklärten Intention der Kläger. . . . Kläger wollen den Rechtstitel, welcher sie ermächtigt, die Rechte der Gesellschaft im Proceßwege zu verfolgen, zunächst in der Bestimmung des Art. 216 Abs. 1 des HGB. in Verbindung mit dem von der preuß. Praxis dem Miteigenthümer zuerkannten Rechte, die im Miteigenthum stehenden Activa behufs Einziehung zur Gemeinschaftsmasse selbstständig zu verfolgen, finden. Allein diese Auffassung verkennt die Bedeutung des Art. 216 und die rechtliche Natur der Actiengesellschaft. Auch diejenigen, welche unter Leugnung der Qualität der Actiengesellschaft als einer juristischen Person dieselbe für eine Societät erachten, geben doch entweder ausdrücklich (vgl. Jolly Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. 11 S. 322, 425), oder durch Annahme einer Societät mit formeller oder collectiver Personeneinheit (vgl. Unger krit. Ueberschau Bd. 6 S. 85 ff., Salkowski zur Lehre von den juristi. Personen, auch v. Gerber d. Privatr. 12. Aufl. S. 540), oder durch Anerkennung deutschrechtlicher Abweichungen, vermöge deren sie zugleich unter den Begriff der Genossenschaft fallen soll (vgl. Thöl Handlsr. 5. Aufl. Bd. 1 S. 404), selbst zu, daß eigentliches condominium der einzelnen Gesellschaftsmitglieder am Gesellschaftsvermögen mit selbstständigen Befugnissen nach Maßgabe des ideellen Eigenthumsantheils während des Bestehens der Gesellschaft nicht vorhanden ist. Noch weniger erscheint jene Annahme mit denjenigen Anschauungen verträglich, nach welchen die Actiengesellschaft eine Genossenschaft (vgl. Beseler gem. deutsches Privatr. 2. Aufl. S. 923 und Bluntschli deutsches Privatr. 3. Aufl. S. 90 und 416) oder ein mit juristischer Persönlichkeit begabtes Zweckvermögen (vgl. Bekker in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 17 S. 383 ff., 389 ff. und 443 ff.) sein soll.

Entscheidend für die Auffassung des HGB. ist nicht der Art. 216 Abs. 1, sondern der unter dem ersten Abschnitt: „Von den allgemeinen Grundsätzen" stehende Art. 213. Der Versuch, den Satz: „die Actiengesellschaft als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten" dahin zu deuten, daß damit nur ausgedrückt sei, es könne die Actiengesellschaft Rechte und Pflichten haben unabhängig von der rechtlichen Möglichkeit der einzelnen Gesellschafter, solche Rechte und Pflichten zu haben, steht weder mit dem Wortlaut des Satzes noch mit seiner Entstehungsgeschichte im Einklang. Erwägt man, daß die vom preuß. Entwurf im Art. 87 für alle Handelsgesellschaften vorgeschlagene entsprechende Fassung für die offene Handelsgesellschaft und die stille Gesellschaft abgelehnt wurde, um die daraus zu folgernde gesetzliche Anerkennung der Eigenschaft der Handelsgesellschaften

als juristischer Personen auszuschließen, daß sie dagegen für die Actiengesellschaft wegen ihrer besonderen Natur acceptirt wurde (vgl. Prot. S. 155—159, 373, 1039, 1040 und die Fassung der Art. 111, 164 des HGB. gegenüber Art. 213), so kann, wenn auch ein Theil der im Sinne jener Acceptation stimmenden Conferenzmitglieder von der Meinung ausgegangen ist, es werde damit noch nicht die Actiengesellschaft als juristische Person anerkannt, die betreffende Fassung nur als der Ausdruck des Gedankens angesehen werden, daß bei der Actiengesellschaft die Rechte und Verbindlichkeiten, welche dem Gesellschaftszwecke dienen, nicht als Quoten-Rechte und Verbindlichkeiten der einzelnen im Verein befindlichen physischen Rechtssubjecte angesehen werden bzw. zur Ausübung gelangen sollen, daß demnach die Verfügung über das Gesellschaftsvermögen dem Willen des Einzelactionärs als solchen unbedingt entzogen ist.

Dieses Ergebniß genügt für die Entscheidung des vorliegenden Falles und es kann dahin gestellt bleiben, ob nicht in der That der Art. 213 die Actiengesellschaft als einheitliches Rechtssubject für alle der Realisation des Gesellschaftszwecks dienenden Rechte und Verbindlichkeiten hinstellt und demnach eben so wie das wahre Wesen der Actiengesellschaft zur Annahme der juristischen Person zwingt und ob nicht zu dieser Annahme insbesondere diejenigen genöthigt sind, welche die Natur der Actiengesellschaft als Societät leugnen (vgl. Entsch. des preuß. Obertribunals Bd. 76 S. 47 ff.). . . .

Wenn im Abschnitt: „Rechtsverhältniß der Actionäre" der Art. 216 Abs. 1 sagt: „Jeder Actionär hat einen verhältnißmäßigen Antheil am Vermögen der Gesellschaft", so ist dadurch das Vereinsvermögen nicht aufgelöst in ein ideelles Miteigenthum aller Vereinsmitglieder. Vielmehr wird hierdurch nur ausgedrückt, daß auf das Vermögen der Gesellschaft die vorbehaltlich des vorhandenen Eigenthums der Gesellschaft Erhebungsberechtigten die Actionäre sind, daß also insbesondere bei Wegfall der Gesellschaft das Gesellschaftsgut nicht etwa bonum vacans wird, und daß diese Erhebungsrechte des einzelnen Actionärs im Verhältniß zu den andern verhältnißmäßige, d. i. der Höhe der Actienbetheiligung entsprechende, sind. Die den Actionären darnach zustehenden Antheilsrechte am Gesellschaftsvermögen sind im Art. 216 Abs. 2 und 245 Abs. 1 näher dahin bezeichnet, daß die Actionäre, so lange die Actiengesellschaft besteht, nur einen Anspruch auf den reinen Gewinn, und nach Auflösung der Gesellschaft auf Vertheilung des nach Tilgung der Schulden verbleibenden Vermögens nach Verhältniß ihrer Actien haben. Die Bedeutung des Art. 216 Abs. 1 wird insbesondere klar aus der Fassung des § 112 des Rev. Oesterr. Entwurfs zum HGB., dessen erster Satz durch gedachten Absatz 1, Art. 216 hat adoptirt werden sollen (vgl. Prot. S. 345) und welcher vollständig lautet:

„Jeder Theilnehmer erwirbt einen verhältnißmäßigen Antheil an dem Vermögen des Vereines, so weit die Statuten nichts anderes bestimmen; er sowohl, als seine Rechtsnachfolger haben aber, solange die Gesellschaft besteht, nur einen Anspruch auf den reinen Ertrag, insoweit dieser nach den Statuten zur Vertheilung unter die Actionäre bestimmt ist. Es steht daher den überstimmten oder abwesenden Theilnehmern auch das Recht nicht zu, gegen gültig gefaßte Beschlüsse des Vereines Sicherheit für künftigen Schaden oder den Austritt aus der Gesellschaft zu verlangen."

Vgl. auch Entsch. d. preuß. Obertribunals Bd. 75 S. 171, Bd. 76 S. 52 ff.

Daß sich die Actiengesellschaft bereits im Zustand der Liquidation befunden hat, ändert an der rechtlichen Beurtheilung nichts. Das Gesetz erachtet auch während der Liquidation die Actiengesellschaft, wenn auch nur zur Realisirung ihres Vermögens, für fortbestehend. Der Liquidator allein hat die Activa einzuziehen und zwar für die Gesellschaft, nicht für die einzelnen Actionäre als condomini. Vgl. Art. 244, 144, 140 des HGB. Anweisungen an den Liquidator ertheilen die Actionäre durch Gen.-Vers.-Beschluß. Es kann demnach von einer bloßen Communionsmasse bzw. von einem ideellen Miteigenthum der Actionäre an den einzelnen Objecten der Liquidationsmasse nicht die Rede sein, sofern der Liquidator nicht etwa Objecte als vertheilungsfähig aus der Liquidationsmasse ausgeschieden hat.

Kläger sprechen ferner von einem dem Einzelactionär zustehenden Sonderrechte, den Ersatz des durch statutenwidriges Verhalten geschwundenen Grundkapitals zu verlangen. Ein solches Sonderrecht könnte nach seinem Begriff und, da die Einzelactionäre mit dem Aufsichtsrath in keinem Rechtsverhältniß stehen, nur der Gesellschaft gegenüber existiren. Richtig aufgefaßt, handelt es sich auch dieser gegenüber nicht um ein eigentliches Individualrecht, sondern darum, ob und welche Mittel der Einzelactionär hat, gesellschaftliche Rechte, insbesondere ein angebliches besonderes gesellschaftliches Recht, daß der Gesellschaftswille sich in Verfolgung eines Anspruchs bethätige, zur Durchführung zu bringen. Gleichviel ob man darnach annähme, Kläger könnten die Gesellschaft bzw. den Liquidator auf Verfolgung der Ansprüche gegen die Aufsichtsrathsmitglieder verklagen oder sie könnten, weil die Generalversammlung die Verfolgung abgelehnt bzw. unterlassen, von der Gesellschaft bzw. dem Liquidator die Abtretung der Ansprüche gegen die Aufsichtsrathsmitglieder zur eigenen Verfolgung im Interesse der Gesellschaft verlangen: immer entbehrt die unmittelbare Klage gegen die Aufsichtsrathsmitglieder des Halts.

Eine Abtretung der der Gesellschaft zustehenden Rechte an Kläger zur Verfolgung hat nicht stattgefunden. Die Meinung, daß in allen Fällen, in welchen Jemand ein Recht auf Abtretung eines Anspruchs hat, er diesen Anspruch auch ohne wirkliche Abtretung wie einen abgetretenen verfolgen könne, ist weder im HGB. anerkannt, wie Art. 368 daselbst ergiebt, noch im preuß. Recht, abgesehen von besonderen Fällen (§ 338 Tit. 14,

§ 46 Tit. 16 Thl. 1 d. A. L. R.) begründet. Eben so ist sie, wenigstens nach neuerer Ansicht, abgesehen von einigen besonderen Fällen nach gemeinem Recht nicht begründet (vgl. Windscheid die Actio des römischen Civilrechts S. 194 ff. und Pand. § 330 Not. 12).

Auch für das deutsche Actienrecht läßt sich ein gesetzlicher Uebergang des Verfolgungsrechts von der die Verfolgung weigernden Gesellschaft auf den Einzelactionär aus Art. 195, 226 des HGB. nicht herleiten. Daselbst sind als die die Prozeßführung Beschließenden die Actionäre in Gesammtheit und im gemeinsamen Interesse im Abs. 1 Art. 195 vorausgesetzt und nur unter dieser Voraussetzung kann für die beschlossenen Prozesse im Falle der Verhinderung der Wahl der Prozeßbevollmächtigten auf Antrag einzelner Actionäre die Ernennung derselben erfolgen, während die einzelnen Actionäre nur accessorisch interveniren können." . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 17. April 1877 in d. preuß. Sache Senff u. Gen., Kl., w. Werther u. Gen., Verkl. (X.)

---

57. Die Bestimmung über gestohlene Gegenstände im Art. 306 Abs. 4 des HGB. ist auf unterschlagene Sachen nicht auszudehnen.

Das Pfandrecht würde der Beklagte nach Art. 306 Abs. 4 des HGB. nicht vorschützen können, wenn die streitigen Gegenstände gestohlen wären. Die Beschwerde darüber, daß der erste Richter die Unterschlagung dem Diebstahle nicht gleichgestellt habe, ist unbegründet. Die Materialien (Protocolle S. 4605 ff., 5087 ff.) ergeben zwar, daß es nicht die Absicht gewesen ist, den Rechtssatz: „Hand muß Hand wahren" mit allen seinen Controversen in das Gesetzbuch aufzunehmen. Trotzdem ist in dem gedachten Rechtssatze der Grund der im Art. 306 enthaltenen Bestimmung zu erkennen, und die Redactoren des Gesetzbuchs haben, statt den Satz mit den hergebrachten Controversen aufzunehmen, es vorgezogen, ihrer dem Rechtssatze übrigens entsprechenden Rechtsauffassung einen unzweideutigen, Controversen möglichst abschneidenden Ausdruck zu geben. Hieraus erhellt, daß kein Grund vorliegt, den Diebstahl im Sinne der gedachten Bestimmung mit dem römischen furtum, welches auch die Unterschlagung umfaßt, zu identificiren, den Begriff des Diebstahls überhaupt anders zu bestimmen, als nach dem geltenden Strafrechte.

Urtheil des AG. zu Celle (3. Sen.) v. 26. April 1879 i. S. Just w. Schultz, wegen Herausgabe von Sachen. (W.)

---

58. Feuchtigkeit einer Waare: Qualitäts-, nicht Quantitätsmangel; Beweislast.

Die Verklagte hatte eine Ladung Kohlen nach Gewicht gekauft und ein bestimmtes Gewicht, nach welchem der Preis berechnet werden sollte, in Empfang genommen. Dessenungeachtet glaubte sie, zu einer Kürzung in dem hiernach berechneten Kaufpreise berechtigt zu sein, weil die Kohlen einen um 2 % der Ladung größeren Feuchtigkeitsgehalt gehabt hätten, als zulässig gewesen sei. Kläger bestritt die außergewöhnliche Feuchtigkeit. Vom ROHG. ward dahin erkannt:

Unbestritten ist Verklagte der Vorschrift des Art. 347 des HGB. nachgekommen. Verklagte hat aber feststehendermaßen das von dem Kläger angegebene Gewicht an Kohlen erhalten. Die von ihr behauptete übermäßige Feuchtigkeit der gelieferten Kohle kann nun als ein Mangel in der Quantität nicht angesehen werden. Die Feuchtigkeit einer Waare bildet vielmehr einen Mangel der Beschaffenheit derselben. Eine andere Auffassung würde in dem vorliegenden Falle auch dann nicht gerechtfertigt sein, wenn Verklagte verpflichtet gewesen sein sollte, die Kohlen ungeachtet der übermäßigen Feuchtigkeit in Empfang zu nehmen, und wenn sie sich wegen eines solchen Umstandes nur dagegen hätte verwahren dürfen, daß das Gewicht der Kohle so, wie sie überliefert werden sollte, der Preisberechnung zum Grunde gelegt werde. Auch dann handelt es sich um eine contractwidrige Qualität der Waare. Selbige würde auch in einem solchen Fall nicht der Beschaffenheit entsprochen haben, in welcher sie sich nach dem Vertrage bei dem Zuwiegen befinden sollte.

Beruht hiernach der fragliche Einwand auf der Behauptung eines Qualitätsmangels, so hat nach dem Obigen Verklagte den Beweis zu erbringen, daß der Mangel, worauf sie den Anspruch auf Preisminderung stützt, vorhanden, d. h. daß die Kohlen in solchem Grade übermäßig feucht gewesen seien, daß hierdurch eine Gewichtsdifferenz zum Belaufe von 2 % der Ladung zum Nachtheil der Käuferin herbeigeführt sei. . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 8. April 1879. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1879 S. 385. (X.)

---

59. Rechtzeitige Mängelanzeige nach Art. 347 des HGB.: Bedeutung des Worts „Ablieferung".

„Welche Bedeutung dem Worte „Ablieferung" im Art. 347 des HGB. beiwohne, ergiebt sich klar aus dem 2. Absatze des Artikels, welcher bestimmt, daß die Waare als genehmigt gelte, wenn Käufer die im 1. Absatz vorgeschriebene Untersuchung und Anzeige versäume. Die Versäumung kann

er selbstredend doch nur dann als Genehmigung der Waare gelten, wenn m Käufer die factische Möglichkeit zur Untersuchung derselben gegeben ar. Dafür spricht auch die ratio legis. Nur in einem solchen Falle ürde der Käufer durch sein Schweigen einerseits sich selbst die Speculation uf das Steigen der Preise offen halten, andererseits die dem Verkäufer huldige Rücksicht verletzen, welche eine schleunige Anzeige betreffs der Zutheißung der Waare an den Verkäufer deshalb erheischt, um diesem vent. die anderweite Verfügung über die Waare freizugeben und den Beweis der Vertragsmäßigkeit der Waare nicht zu erschweren. Kann also nur derjenige Käufer sich durch Stillschweigen präjudiciren, welchem durch wirkliche thatsächliche Ablieferung der Waare die Untersuchungsmöglichkeit gewährt ist, so können so lange, als die Waare sich noch in der Gewalt es Verkäufers befindet, rechtliche Folgen des Stillschweigens des Käufers nicht in Frage kommen.

Hiernach ist einleuchtend, daß die Begriffsbestimmung der Ablieferung m Sinne des Art. 347, welche sich aus der Judicatur des ROHG. dahin rgiebt,

> daß Ablieferung derjenige Act sei, durch welchen Verkäufer den Käufer in die Lage setzt, über die Waare thatsächlich zu verfügen und deren Beschaffenheit untersuchen zu können, bzw. derjenige Act, durch welchen Verkäufer bzw. dessen Beauftragter (Frachtführer ꝛc.) nach beendigtem Transport dem Käufer bzw. dessen Vertreter die Möglichkeit eines unmittelbaren, factischen, körperlichen, die Untersuchung ermöglichenden Innehabens des Kaufobjects am vertragsmäßigen Reiseziel gewährt,

dahin zu verstehen ist, daß eine effectlose Realoblation, ein fehlgeschlagener Versuch der Ablieferung, nicht ausreicht, vielmehr eine vollendete Ablieferung der Waare an den Käufer oder dessen Vertreter, d. h. eine Uebernahme von Seiten desselben verlangt wird. Mag auch die Vereitelung der Ablieferung den Käufer event. für die Folgen des Annahmeverzuges haftbar machen, so führt sie doch nicht zum Präjudiz aus Art. 347 (Entscheidungen Bd. 2 S. 247, 252—255, Bd. 3 S. 389, Bd. 5 S. 394, Bd. 6 S. 324, 327, Bd. 7 S. 224, Bd. 13 S. 364, Bd. 15 S. 52, 55). . . .

Im gegenwärtigen Falle hat Käufer keine auf Uebernahme der offerirten Waare gerichtete Thätigkeit entwickelt, vielmehr die Abnahme ausdrücklich verweigert, worauf der Spediteur die Waare auf Lager genommen hat und zwar nach Lage der Sache für den Kläger, welcher ja auch die ihm entstandenen und noch entstehenden Lagerkosten miteingeklagt hat."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 17. Mai 1878. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1878 S. 250. (X.)

60. Art. 347 des HGB. (sofortige Mängelanzeige ꝛc.) ist nicht anwendbar, wenn beim Genuskauf Waaren anderer Gattung geliefert sind. — Ueber den Begriff der Gattungsverschiedenheit*.

*Vgl. Bd. 30 Nr. 131, 1.

Der Kläger, ein Rittergutsbesitzer, hat beim Beklagten Wintererbsen käuflich bestellt zu dem ausgesprochenen Zweck, sie zur Wintersaat zu verwenden, und der Beklagte hat auch ausdrücklich versprochen, hiefür geeignete Erbsen zu liefern. Die gelieferten Erbsen sind dann im Herbst ausgesäet, auch aufgegangen, aber hernach durch den Winter zerstört worden, weil sie, wie eine sachmännische Untersuchung ergab, keine Wintererbsen gewesen sind. Gegen die Klage auf Schadensersatz berief sich Beklagter darauf, daß die sechsmonatige Klagverjährung (Art. 349 des HGB.) bereits abgelaufen sei und daß Kläger auch die Mängelanzeige (Art. 347 des HGB.) nicht rechtzeitig erhoben habe. Hierüber wurde in höchster Instanz ausgesprochen:

„Ein Genuskauf kann durch Lieferung einer Waare von andrer Gattung, als gekauft worden ist, nicht erfüllt werden, deshalb ist auf den Fall einer solchen Lieferung das im Art. 347 aufgestellte Präjudiz der Genehmigung der Erfüllung unanwendbar (Entsch. Bd. 14 S. 367, Bd. 19 S. 403; Römer in Goldschmidts Ztschr. Bd. 23 S. 15 und Note), und ebenso die Verjährungsvorschrift des diesem Artikel sich anschließenden Art. 349. . . .

Zur Entscheidung der Frage, ob zwischen Wintererbsen und solchen Erbsen, welche keine Wintererbsen sind, eine Gattungsverschiedenheit besteht, hat das vorige Gericht die Beibringung eines Sachverständigen-Gutachtens für erforderlich gehalten und deshalb hierüber auf Beweis erkannt. Dessen bedarf es aber nicht. Die Eintheilung der Waaren in Gattungen richtet sich im Handelsverkehr nach den Verschiedenheiten der Verkehrsgrade, und es ist deshalb hiebei auch die im Handelsverkehr herrschende Auffassung maßgebend (Goldschmidt Handb. des Handelsrechts § 61 Not. 6). Die Auffassung des Verkehrs führt nun wohl manchmal, im Vergleich mit dem Umfange der natürlichen Möglichkeit einer, wenngleich mangelhaften, Vertretung, zu einer Einengung der Gattungsgrenzen (vgl. z. B. Entsch. Bd. 19 S. 403), aber sie vermag nicht, sich mit der Natur der Dinge in Widerspruch zu setzen, und das Gebiet einer Gattung kann sich daher auch vom Standpunct des Verkehrs aus niemals weiter erstrecken, als eine Verwendung für den in Rede stehenden Zweck naturgemäß überhaupt möglich ist. Man unterscheidet nun, wie bekannt, bezüglich der Saat insbesondere zwei Sorten von Erbsen: Wintererbsen, welche in der Saat den Winterfrost zu überdauern im Stande sind, und Sommererbsen, welche den Frost nicht aushalten. Da somit die letzteren absolut ungeeignet sind, zur Wintersaat verwandt zu werden, so folgt, daß für diesen

Zweck die beiden Sorten als verschiedene Waarengattungen angesehen werden müssen." . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (3. Sen.) v. 17. Februar 1879 in einer sächs. Sache. Entscheidungen Bd. 24 S. 404.

---

61. Dem Verkäufer, welcher zur Erfüllung rechtskräftig verurtheilt worden, steht dann, wenn der Käufer in der Executionsinstanz in Annahme-Verzug geräth, das Rücktrittsrecht aus Art. 354 des HGB. nicht zu.

Vgl. Bd. 27 Nr. 163.

„Das in den Art. 354, 355, 356 geordnete Rücktrittsrecht vom Vertrage ist ein singuläres. Weder das gemeine, noch das preuß. allgem. Landr. gestattet beim Verzuge des Gegners dem nichtsäumigen Contrahenten schlechthin das Abgehen vom Vertrage. Der Versuch, dies Rücktrittsrecht für alle Verträge über Handelsgeschäfte generell einzuführen (Art. 250 des preuß. Entwurfs zum HGB.; Motive S. 129 ff.) ist mislungen. (Prot. der Nürnberger Conferenz S. 592—605). Aber ausnahmsweise ist dasselbe für den Handelskauf und den ihm gleichstehenden Lieferungsvertrag gesetzlich angeordnet. Den Grund für diese Neuerung fand man in den „Bedürfnissen der Handelswelt"; man erwog, daß, wenigstens im großen Handelsverkehr, der redliche Contrahent in der Regel unter der Voraussetzung abschließe, das Geschäft werde prompt zur vereinbarten Zeit realisirt werden; auf dieser Voraussetzung basire er seine Dispositionen, bewirke er seine Anschaffungen und Weiterverkäufe, und stelle er seine Zahlungsmittel bereit; die solchergestalt vorbereitete Speculation in Verbindung mit der wechselnden Conjunctur mache häufig eine verspätete Erfüllung, wenngleich neben der Verpflichtung zum Schadensersatz, unannehmbar, und nicht selten werde eben deshalb das berechtigte Interesse des nichtsäumigen Contrahenten einfach und sicher nur dann gewahrt, wenn ihm freistehe, unter Verzicht auf Entschädigung von dem Vertrage so abzugehen, als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Motive a. a. O. S. 130; Prot. S. 595, 599, 631, 1401, 1407, 1408.

Wenn auch die Gegner dieser Erwägungen das Rücktrittsrecht des Käufers allenfalls zulassen wollten, so protestirten sie doch mit besonderer Energie gegen eine gleiche Befugniß des Verkäufers. Sie verwiesen darauf, daß dessen Interesse in der Forderung des Kaufgeldes nebst Verzugszinsen erschöpft sei, und daß ihm freistehe, sich von der lästigen Bewahrung der Waare durch Deposition zu befreien. Allein auch hier führte das „Bedürfniß des Handelsverkehrs" zur Gleichstellung beider Contrahenten; denn für den Verkäufer, der auf pünktliches Eingehen des Kaufpreises rechne, sei

das Geld ein Mittel zur Speculation, und deshalb sei erforderlich, ihm zu gestatten, daß „er beim Verzuge des Gegners schnell über die Waare verfügen, sie schnell in Geld umsetzen könne." . . .

Prot. S. 629, 1400, 1405, 1406—1408, 4597.

Diese Erwägungen setzen also den gewöhnlichen Handelsverkehr voraus; sie scheinen schon dann kaum zutreffend, wenn nach dem Verzuge des einen Contrahenten der Nichtsäumige auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung besteht und nunmehr er selber in Annahme-Verzug geräth; jedenfalls verlieren sie ihr wesentliches Gewicht, wenn es sich nicht mehr um Verzug in der Erfüllung gewöhnlicher Abschlüsse, sondern um die Durchführung einer rechtskräftigen Verurtheilung handelt. Der Inhalt und der Zeitpunkt einer solchen ist kein Product der kaufmännischen Disposition, und die kaufmännische Speculation kann sich auf eine derart ungewisse Feststellung nicht einrichten. Soll einem rechtskräftigen Judicat genügt werden, so sind nicht die „Bedürfnisse des Handelsverkehrs" in Frage, sondern es treten die allgemeinen Regeln über die Befolgung richterlicher Urtheile in Geltung.

Wie der Grund des Gesetzes, so schließt nicht nur seine Bedeutung als Ausnahme von den Regeln der Verzugswirkung, sondern auch sein Wortlaut die Anwendbarkeit auf den Fall rechtskräftiger Verurtheilung zur Erfüllung aus. Nach den Art. 354 und 355 des HGB. nämlich darf der nichtsäumige Contrahent von dem Vertrage zurücktreten, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre. Für den Imploranten aber beruht die Erfüllungspflicht nicht mehr auf dem Vertrage schlechthin: dieselbe ist durch die Judicatobligation verstärkt; mag letztere auch den Vertrag nicht novirt haben, so ist sie doch ein neuer Grund, aus dem der Implorant haftet. Er würde also nicht in der Lage sein, sich von dieser Obligation zu befreien, wenn er von dem Abschlusse (Vertrage) zurückträte. (Vgl. Entsch. Bd. 5 S. 341.)"

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 6. Juni 1873. Entscheidungen Bd. 10 S. 246 ff. (X.)

---

62. Rechtliche Bedeutung der verschiedenen Alternativen des Art. 355 des HGB. in Beziehung auf die Befugniß des Käufers, das bereits gezahlte Kaufgeld von dem mit der Uebergabe der Waare im Verzuge befindlichen Verkäufer zurückzufordern.

Vgl. Bd. 28 Nr. 54; Bd. 30 Nr. 173, 211; Bd. 31 Nr. 268.

„Der Kläger fordert den von ihm an den Verklagten als Kaufgeld gezahlten Betrag von 200 M. zurück, weil ihm die gekaufte Waare nicht geliefert worden ist. Der Appell.-Richter hat den Anspruch abgewiesen,

weil der Kläger in seinem Briefe vom 17. Juli 1876 die zweite Alternative des im Art. 355 des HGB. dem nichtsäumigen Käufer gegen den säumigen Verkäufer gewährten Wahlrechts (Forderung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung) ausgeübt habe, während der Klaganspruch unzulässigerweise auf die dritte, in dem spätern Briefe des Klägers vom 22. ds. Mts. einseitig gewählte, Alternative (Rücktritt vom Vertrage) gestützt sei. Diese Ausführung verletzt den Art. 355. Das ROHG. hat nach den Materialien den Grundsatz anerkannt: daß der vertragstreue Käufer den von ihm gezahlten Kaufpreis von dem säumigen Verkäufer nicht nur bei der Wahl der dritten Alternative des Art. 355 — also bei dem rechtlichen Rücktritte von dem Vertrage, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre —, sondern auch bei der Wahl der zweiten Alternative, — d. h. bei der Forderung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung statt der Erfüllung, — zurückfordern dürfe, und zwar Letzteres deshalb, weil auch bei der zweiten Alternative ein factisches Abgehen von dem Vertrage stattfinde, wobei sich die Vertragsverbindlichkeiten in einen Anspruch auf Schadensersatz, welcher nur dem Käufer zustehe, auflösen und die Rückforderung des von Letzterem schon Geleisteten einen Theil der Entschädigung bilde.

Vgl. Erk. v. 13. Mai 1875 i. S. Lauterbach w. Wolff Rep. 473/75 in der Zeitschr. f. franz. Civilr. von Puchelt Bd. 7 S. 354; ferner Erk. v. 1. Febr. 1876, Entscheid. Bd. 20 S. 223 ff.

Nach diesem Grundsatze würde dem Kläger das Recht zur Rückforderung des bereits an den Verkäufer gezahlten Kaufgeldes gleichmäßig zustehen, mochte er begründeterweise die zweite, oder die dritte Alternative aus Art. 355 gewählt haben. In beiden Fällen würde sein Anspruch, so weit er in der Rückforderung des Kaufgeldes besteht, auf gleichem Fundamente beruhen, nämlich auf der durch den Uebergabe-Verzug seitens des Verkäufers begründeten Ablehnung etwaiger nachträglicher Erfüllung durch den Letzteren, auf dem rechtlichen bzw. factischen Abgehen von dem Vertrage." . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 18. Juni 1878 in d. preuß. Sache Meyer Levy, Kl., w. Joachimsohn, Bekl. Entscheidungen Bd. 24 S. 106. (X.)

---

63. Bedeutung der in Kaufverträgen über zu verschiffende oder schwimmende Waaren festgesetzten Abladezeit.

„Bei Kaufgeschäften über seitens der Verkäufer zu verschiffende bzw. über schon verschiffte (schwimmende) Ladungen pflegt die Abladezeit deshalb in den Contracten angegeben zu werden, weil das Ergebniß der betreffenden Geschäfte, wenigstens der Regel nach, von dem Preisstande der Waare zur Zeit ihrer Ankunft abhängt und auf die Ankunftszeit, soweit wie überhaupt

möglich, mit Wahrscheinlichkeit dann geschlossen werden kann, wenn die Abgangszeit fest bestimmt oder bekannt ist. Ohne Feststellung oder Kenntniß des Abladezeitpunctes würde es derartigen Kaufgeschäften an einer genügenden Grundlage fehlen. (Vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 3 S. 220.) Unter diesen Umständen ist, wenn in einem Vertrage über zu verladende Waaren ein bestimmter, als einzuhalten bezeichneter Zeitpunct oder ein begrenzter Zeitraum der Abladung genannt worden, im Zweifel anzunehmen, daß es sich bei dieser Nennung um eine wesentliche Vertragsbestimmung handelt, so daß der Käufer den Vertrag als erfüllt nicht gelten zu lassen braucht, wenn die Abladung nicht zur vereinbarten Zeit geschehen ist. Demnach müßten, den vorliegenden Fall anlangend, in welchem die Abladung vertragsmäßig vor dem Ablauf eines gewissen Zeitraums hätte geschehen sollen, aber erst einige Tage später zur Ausführung gekommen ist, besondere Gründe vorhanden sein, um mit den Klägern den Vertrag so auszulegen, daß ihnen eine mäßige Ueberschreitung jenes Zeitraums nachzusehen sei. Solche Gründe liegen hier nicht vor.

Aber wie dem Käufer auf Meldung einer zu späten Abladung zusteht, mit Strenge gegen den Verkäufer zu verfahren, so liegt ihm auch ob, falls er vom Ablehnungsrecht Gebrauch machen will, unverzüglich damit hervorzutreten. Hierauf führt die Analogie des Art. 357 des HGB.; darnach hat, wenn bedungenermaßen eine Waare zu einer bestimmten Zeit geliefert werden soll, im Falle der Nichteinhaltung der Zeitbestimmung der Käufer, wenn er auf seinem Contractrecht bestehen will, unverzüglich bei dem Ablauf der Zeit den Verkäufer verantwortlich zu machen; ferner die Analogie des Art. 347, daß der Käufer im Falle des Distanzkaufes seine etwaige Monitur gegen die Waare, oder deren gänzliche Beanstandung, dem Absender bei Vermeidung des Ausschlusses ohne Verzug melden soll; endlich der als für den Handelsverkehr gültig vom ROHG. oft zur Anwendung gebrachte Satz, daß das Schweigen eines Contrahenten seinem Mitcontrahenten gegenüber ihm dann präjudicirlich wird, wenn die zurückgehaltene Mittheilung in erheblichem Maße geeignet ist, die ferneren Schritte des andern Theils zu bestimmen. (Vgl. Entsch. Bd. 4 S. 205 u. a. m.)[1])

Daß die den vorstehenden Rechtssätzen zu Grunde liegende Erwägung in Fällen der vorliegenden Art zutrifft, ist ohne Bedenken anzunehmen. Der Verkäufer, dessen zu spät abgelieferte Ladung zurückgewiesen wird, hat ein dringendes Interesse, baldigst über dieselbe verfügen zu können. Und daß dies auch durch den Verkauf einer schwimmenden Ladung geschehen kann, ist nicht zu bezweifeln. Eben so wenig könnte in der etwa bereits geschehenen Uebersendung eines Connossements an den Käufer ein erhebliches Hinderniß liegen."

---

[1]) Vgl. auch dieses Archiv Bd. 32 Nr. 139.

In dem erstern Fall steht dem Blancoacceptanten aus eigenem Rechte e exceptio doli mindestens gegen jeden bösgläubigen Nehmer zu, welcher iderrechtlich die Ausfüllung entgegen dem ursprünglichen Wechselvertrage ewirkt, oder an solcher Vertragswidrigkeit Theil genommen, oder doch bei rwerb des bereits ausgefüllten Wechsels um den Vertrauensmißbrauch em Acceptanten gegenüber gewußt hat.

In dem zweiten Falle aber, wenn der erste Nehmer, der ihm vom Blancoacceptanten ertheilten Befugniß gemäß, das Blankett an einen weitern Nehmer zur Ausfüllung aushändigt, dabei jedoch seinerseits im eigenen Interesse eine bestimmte Art der Ausfüllung vorschreibt, und nun der Inhaber bei der Ausfüllung dieser Vorschrift zuwider handelt, . . . steht dem Blancoacceptanten der Einwand der vertragswidrigen Ausfüllung diesem Inhaber aus eigenem Rechte dann nicht zu, wenn in dessen Zuwiderhandlung nicht zugleich eine Uebertretung des, dem Inhaber bei Empfang des Blanketts bekannten, ursprünglichen Wechselvertrages dem Acceptanten gegenüber liegt.

Durch die auf den ersten Nehmer bzw. dessen Ausfüllung nicht beschränkte und die Art der Ausfüllung nicht einschränkende Weggabe eines Blancoaccepts begiebt sich der Blancoacceptant von vornherein des Rechts auf Einreden aus der Art der Ausfüllung.

Hat der erste Nehmer seinem Abnehmer in dieser Beziehung einseitig Beschränkungen auferlegt, so darf der Acceptant eine Zuwiderhandlung gegen solche Beschränkungen nicht rügen, da er sie bei seinem mit dem rsten Nehmer geschlossenen Wechselvertrage nicht vorgesehen hat und sie ur in dem weitern Begebungsvertrage zwischen dem ersten Nehmer und em Inhaber wurzeln. Eine daraus entnommene Einrede des Blancoacceptanten wäre eine exceptio de jure tertii. Hätte er auch ein eigenes Interesse an der Wahrung des Vertrags zwischen den beiden Nehmern, so würde er dasselbe doch nicht durch die Bemängelung der Activlegitimation des Inhabers, sondern nur durch den Nachweis einer von dem Inhaber ihm gegenüber begangenen Arglist geltend machen können."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 17. Mai 1878. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1878 S. 263. (X.)

II. Civilproceß.

4. Streitgenossen. Inwiefern nützt das von einem derselben eingelegte Rechtsmittel auch dem andern?

Vgl. Bd. 26 Nr. 90 u. d. dort. Nachw., sowie Bd. 8 Nr. 338.

Gegen das eine Klage von drei Geschwistern und den Erben dreier iteren auf Herausgabe der Erbtheile, resp. Abrechnung abweisende zweit-

schädigte ꝛc. Gut dem Spediteur zur Besorgung der Versendung übergeben war (Art. 379 das.). Der Umfang der Ansprüche, welche der Art. 386 der Verjährung unterwirft, ist also adäquat dem Umfange der Verpflichtung, welche der Spediteur als solcher übernimmt. Art. 379, 380 des HGB.; Entsch. des ROHG. Bd. 4 S. 12. Hiernach fällt derjenige Verlust oder Schaden, welcher das Gut überhaupt bei der Ausführung der übernommenen Versendung trifft, mag er auf dem Transport selbst, oder bei der Empfangnahme, der Aufbewahrung oder Auslieferung eingetreten sein, unter die Vorschrift des Art. 386. Soweit also die Aufbewahrung des Guts ein Bestandtheil des Speditionsvertrages ist, tritt die kurze Verjährung ein. (Vgl. Bd. 16 S. 349.)

Handelt es sich dagegen um Verlust oder Beschädigung ꝛc. von Gütern, welche ein Spediteur nicht zur Besorgung der Versendung, sondern nur zur Aufbewahrung übernommen hat, so liegt kein Speditions-, sondern ein Verwahrungsgeschäft vor. Es greifen also dann die landesgesetzlichen Vorschriften, nicht der Art. 386 Platz. Der Umstand, daß der Depositar sonst gewerbsmäßig Speditionsgeschäfte betreibt, kann den Rechtscharakter eines andern Verhältnisses nicht bestimmen oder beeinflussen. Entsch. Bd. 17 S. 61.

Die beschränkte Anwendbarkeit des Art. 386 folgt auch aus seiner Stellung in dem nur von dem Speditionsgeschäft handelnden vierten Titel des vierten Buchs des HGB., ferner daraus, daß man nur bei den Entschädigungsklagen gegen die Spediteure (bzw. gegen die Frachtführer, Art. 408) wegen mangelhafter Ausrichtung der Speditionsaufträge die Einführung kürzerer als der gewöhnlichen Verjährungsfristen als ein Bedürfniß erachtete (vgl. Motive zum Art. 303 des preuß. Entw. eines HGB. S. 167 und 163 a. E.), sonach aus seiner Natur als einer Ausnahmebestimmung."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 7. Januar 1879 in d. preuß. Sache Schrödler w. Auerbach. Entscheidungen Bd. 24 S. 305 ff.

---

66. Der Verkäufer, welcher im eigenen Namen den Speditionsvertrag betreffs der dem Käufer zuzuführenden Waare geschlossen hat, kann das Erfüllungsinteresse als sein eigenes gegen den Spediteur einklagen.

Vgl. Bd. 11 Nr. 36; Bd. 29 Nr. 265 u. d. angef. Mitth.; Bd. 33 Nr. 19.

„Die (bei Bamberg wohnhafte) Klägerin hat den Speditionsvertrag (über die von ihr an L. bei Dresden verkaufte und an diesen zu versendende Waare) mit dem Beklagten nicht in fremdem, sondern im eigenen Namen geschlossen. Sie also für ihre Person darf den Beklagten auf dessen Erfüllung resp. auf das Erfüllungsinteresse in Anspruch nehmen.

iese Contractsklage hat sie erhoben. Möglicherweise hat sie beim Abschluß des Speditionsvertrages in fremdem Interesse gehandelt; es ist möglich, daß sie übernommen hatte, im Interesse des L. den verkauften Hopfen nach Dresden zu senden und daß der Hopfen mit der Aufgabe zur Eisenbahn in das Eigenthum des L. übergegangen ist. Aber diese Möglichkeit oder Wirklichkeit ändert nichts an der Verbindlichkeit des Beklagten, der Klägerin als seiner Contrahentin für die Vertragserfüllung einzustehen. Es wäre ohne Belang, wenn er zu zeigen vermöchte, daß der durch Nichterfüllung entstandene Schaden nicht die Klägerin, sondern denjenigen, in dessen Interesse sie den Vertrag geschlossen, also den L., als ihren Auftraggeber oder Committenten, getroffen habe. Denn ohne Rücksicht auf diese Rechtsstellung der Klägerin zu ihrem Auftraggeber genügt für des Beklagten Haftpflicht wegen Nichterfüllung, daß von seiner Gegnerin im eigenen Namen mit ihm abgeschlossen und daß das Interesse des angeblichen Auftraggebers an der Vertragserfüllung vermöge dieses Vertragsschlusses und vermöge der Verantwortlichkeit gegen den Auftraggeber das eigene Interesse der Klägerin ist.

Diesen für das gemeine Recht anzuerkennenden,

fr. 28 de neg. gestis 3. 5, fr. 14 si quis cautionibus 2. 11, fr. 18 §. 1 V. O. 45. 1, fr. 8 § 3 mand. 17. 1; vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 258 Ziff. 3; Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 36, Bd. 14 Nr. 23,

im Handelsverkehr unentbehrlichen,

vgl Zimmermann im neuen Archiv f. Handelsr. von Voigt und Heinichen Bd. 1 S. 48—82, insbes. S. 67 ff., 73 ff.; v. Hahn Comm. 2 S. 331; Entsch. d. ROHG. Bd 11 S. 256, Bd. 14 S. 400,

im sächs. Recht (§ 790 des BGB.) nicht reprobirten Satz haben sowohl der Beklagte als die Richter beider Vorinstanzen ignorirt." . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 9. April 1875. Entscheidungen Bd. 17 S. 78 ff. (X.)

67. Die Bestimmung des Art. 563 Abs. 1 des HGB. ist auf den Transport von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern nicht analog anzuwenden.

Höchstrichterlich wurde ausgesprochen:

„Unbestritten betrifft der zwischen den Parteien abgeschlossene Frachtvertrag den Transport von Gütern auf Flüssen und Binnengewässern, nicht einen Transport über See. Gegenstand dieses Frachtvertrages war der Transport einer vollen Ladung Schienen. . . . Verklagte und Implorantin hat jedoch nach Beladung des Schiffes des Klägers, welches unstritten eine Ladungsfähigkeit von 5198 Centnern = 259 900 Kilo hatte,

mit 591 Schienen im Gewichte von nur 124468 Kilo die weitere Beladung des Schiffes mit Schienen eingestellt und hat der Kläger in Folge dessen auf Verlangen der Verklagten nur jene Theilladung nach dem Bestimmungsorte transportirt.

Der Appell.-Richter hält nun den Anspruch des Klägers auf die ganze Fracht, welche er bei voller Beladung seines Schiffes mit Schienen verdient haben würde, für begründet, obwohl die Verklagte, welche nicht im Stande gewesen sein will, mehr Schienen als geschehen zu liefern, dem Kläger, wie dieser einräumt, angeboten hat, die Schienen mit Matten zu bedecken, auf diese zum Transporte nach derselben Ausladestelle Kohlen zu laden und dem Kläger dann die volle Fracht für eine Ladung Schienen zu bezahlen, welches Anerbieten Kläger aber ablehnte. Der Appell.-Richter geht hierbei von der Annahme aus, daß der Klageanspruch an sich begründet sei, daß, da der Kläger seinerseits bereit gewesen, die volle Ladung Schienen einzunehmen, die Schuld daran, daß er nicht mehr als geschehen befördert habe, lediglich die Verklagte treffe, welche die übrigen Schienen nicht lieferte und welche, auch so weit die Beförderung unterblieben sei, die Fracht nach § 360 Thl. 1 Tit. 5 allgem. Landr. zur Schadloshaltung des Klägers zahlen müsse; der Kläger habe, da ein ihn verpflichtender Handelsgebrauch nicht festgestellt sei, eine Ladung anderer Gegenstände nicht anzunehmen brauchen; der das Seerecht betreffende Art. 563 des HGB. könne keine analoge Anwendung finden.

Wenn nun die Verklagte dem Appell.-Richter zunächst die Verletzung des Art. 402 des HGB. vorwirft, so erscheint dieser Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde als unzutreffend. Denn der Art. 402 cit. enthält nur Vorschriften darüber, bis zu welchem Zeitpuncte, resp. von welchem Zeitpuncte an dem Absender oder Empfänger des Gutes die Verfügung über dasselbe dem Frachtführer gegenüber zusteht, und der Umstand, daß hiernach bis zu dem entscheidenden Momente der Frachtführer den späteren Anweisungen des Absenders nicht nur wegen der Zurückgabe, sondern auch wegen der Auslieferung des Gutes an einen andern als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger Folge zu leisten hat, berechtigt keineswegs zu dem Schlusse, daß der Absender berechtigt sei, von dem Frachtführer den Transport anderer als der vertragsmäßigen Güter zu verlangen.

Der Appell.-Richter verletzt aber, wie ihm ferner vorgeworfen wird, auch nicht den Art. 563 des HGB., indem er dieser seerechtlichen Vorschrift die analoge Anwendbarkeit auf das Transportgeschäft zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern (Buch 4 Tit. 5 des HGB.) abspricht. Denn es ist bekannt, daß die seerechtlichen Vorschriften des 5. Buches des HGB., zu welchen auch der Art. 563 gehört, sich nach der Absicht des Gesetzgebers nicht auch auf die Fluß- und Binnenschifffahrt beziehen, sondern daß man sich vielmehr vorbehielt, die auf diese anwendbaren Bestimmungen des

Seerechts, resp. mit den als erforderlich erscheinenden Modificationen, in einem besondern Abschnitte zusammenzustellen, welche Absicht jedoch nicht zur Ausführung gelangte. Hierdurch ist nicht nur die directe Anwendung des Art. 563 auf den vorliegenden Fall ausgeschlossen, sondern auch eine analoge Anwendung desselben würde nur dann zulässig sein, wenn es außer Zweifel stände, daß die gleichen Gründe, welche den Gesetzgeber veranlaßt haben, für den Seeverkehr durch den Art. 563 cit. den Verfrachter mit der im Abs. 2 statuirten Ausnahme zu verpflichten, statt der vertragsmäßigen Güter andere, von dem Befrachter zur Verschiffung nach demselben Bestimmungshafen ihm angebotene Güter anzunehmen, falls dadurch seine Lage nicht erschwert wird, ihn auch bei der näheren Regulirung des Binnen-Transportrechtes zu derselben Vorschrift bewogen haben würden. Dies ist jedoch nicht anzunehmen, da man, wie die Berathungsprotocolle S. 2151 bis 2159, 2231, 3854, 3980 und 3981 ergeben, davon ausging, daß die Bestimmung des Art. 563 cit. an sich einen Eingriff in die allgemeinen Grundsätze über das Vertragsrecht enthalte und sich nur durch eine gesetzliche Interpretation des Vertragswillens dahin, daß die Bezeichnung der zu befördernden Güter im Zweifel nur als demonstrationis causa geschehen angesehen werden solle, rechtfertigen lasse, wobei auch der — im Binnenverkehre jedenfalls nur selten vorkommende — Umstand geltend gemacht wurde, daß bei dem Seefrachtvertrage der Befrachter oft genöthigt ist, den Verfrachter an eine weit entfernte dritte Person (den Ablader) behufs Lieferung des Frachtgutes zu verweisen. Auch wurde auf die im Seeverkehre herrschenden Anschauungen Bezug genommen, während es keineswegs feststeht, daß diese im Binnenverkehre die gleichen sind, und gerade im vorliegenden Falle die Sachverständigen . . . ihr Gutachten dahin abgegeben haben, sie könnten es nicht als Handelsusance bezeichnen, daß der Schiffer bei eingetretenem Hindernisse bezüglich der erstbedungenen Frachtgüter sich darauf einlassen müsse, andere Güter zu laden, dies beruhe vielmehr in vorkommenden Fällen auf freier Vereinbarung der Contrahenten. Vgl. Entsch. Bd. 6 Nr. 88 S. 396.

Ein handelsrechtlicher Grundsatz endlich, nach welchem auch dem Frachtführer (im Sinne des Art. 390 des HGB.) eine dem Art. 563 des HGB. entsprechende Verpflichtung dem Absender gegenüber obläge, ist jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht als bestehend anzuerkennen, und es erscheint daher auch der fernere Vorwurf der Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet, daß der Appell.-Richter, welcher auch keineswegs feststellt, daß Kläger die Annahme anderer Frachtgüter lediglich aus Chicane verweigert hat, diesen Rechtssatz verletzt habe.

Daß aber der Kläger, wenn derselbe nicht verpflichtet war, sich statt der vertragsmäßigen Beladung seines Schiffes mit Schienen eine theilweise Beladung desselben mit Kohlen gefallen zu lassen, seinen vertragsmäßigen

Anspruch auf Zahlung der vollen Fracht dadurch nicht verloren hat, daß, während Kläger zur Einnahme der vollen Ladung Schienen bereit war, die Verklagte ihm nur einen Theil derselben lieferte und ihn nur mit diesem die Reise ausführen ließ, ist nach bekannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen selbst dann unzweifelhaft richtig, wenn Verklagte ohne ein Verschulden ihrerseits zur Lieferung der vollen Ladung außer Stande gewesen wäre, und kann daher auch von einer Verletzung des vom Appell.-Richter allegirten § 360 Thl. 1 Tit. 5 des allgem. Landr. nicht die Rede sein."

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 11. Januar 1879 in einer westphäl. Sache. Entscheidungen Bd. 24 S. 416.

---

68. Kann vom Absender nach Abgang des Frachtguts auf Grund des Art. 402 des HGB. der Rücktransport des Guts nach dem Orte der Absendung ohne Abschluß eines neuen Frachtvertrags verlangt werden?

Die obige Frage wurde oberstrichterlich verneinend entschieden. In den Motiven heißt es:

Der Art. 402 des HGB. behandelt die Frage, wie lange der Frachtführer den Anweisungen des Absenders, und von wo ab er denen des Destinatärs folgen müsse. Welchen Inhalt die nachträglichen Anweisungen des Absenders haben dürfen, wird im Artikel nur insofern angedeutet, als darin eine doppelte Klasse von Anweisungen unterschieden wird: solche wegen „Zurückgabe" des Guts, und solche, welche die Auslieferung desselben an einen andern, als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger betreffen. Die Zurückgabe des Guts aber, welcher der Frachtführer nach der Vorschrift des Artikels bei dem Zutreffen seiner sonstigen Voraussetzungen sich nicht entziehen kann, schließt keineswegs ohne Weiteres die Nöthigung zum vorgängigen Rücktransport des Guts an die Aufgabestation in sich, da begreiflich die Rückgabe des Transportguts an jeder Station der begonnenen Reise, wenn auch nicht an den Absender persönlich, so doch jedenfalls an, von demselben zu bestellende, Beauftragte mit Rechtserfolg geschehen kann. Den vom Gesetz gebrauchten Worten gegenüber ist der vorstehend gemachte Unterschied ohne Weiteres klar. Daß aber auch der Sinn des Artikels nicht weiter reicht, ergiebt sich zweifellos daraus, daß der Artikel Grundsätze ausspricht, welche gleichmäßig ebenso die größeren Transportanstalten, wie Eisenbahnen, als den gewöhnlichen Frachtfuhrmann angehen und dem Letzteren gegenüber für den Fall erfolgten Widerrufes des Transportauftrags durch den Absender, im Hinblick auf Zweck und Mittel des eingegangenen Vertrags, es augenfällig nur um die Verpflichtung, das Gut an demjenigen Orte zurückzugeben, an welchem es zur Zeit des

Widerrufs sich befindet, sich handeln, keineswegs aber davon die Rede sein kann, daß der gewöhnliche Frachtfuhrmann gezwungen sei, von jeder beliebigen Station der Reise das reclamirte Gut ohne Rücksicht auf die übernommene Beförderung des ihm sonst anvertrauten Frachtguts an den Absendungsort zurückzuführen.

In noch helleres Licht tritt dies bei dem Seetransport. Auch hier soll nach Art. 583 des HGB. der Verfrachter kein Recht haben, wider den Willen des Befrachters auf Ausführung des bedungenen Transports zu bestehen, der Befrachter vielmehr berechtigt sein, gegen Leistung alles dessen, was der Verfrachter im Bestimmungshafen zu fordern haben würde, noch während der Ausführung des Transports die Rückgabe der verladenen Waare zu begehren; er kann jedoch nach der ausdrücklichen Bestimmung des gedachten Art. Abs. 1 nur die Wiederausladung der Güter fordern. In völlig gleicher Weise hat der Absender beim Binnentransport, wenn er die weitere Ausführung des bereits begonnenen Transportes ablehnt, nach den allgemeinen, im Art. 402 des HGB. fixirten Grundsätzen des Frachtführerrechts etwas Weiteres von dem Frachtführer nicht zu beanspruchen als die Rückgabe des Gutes an dem Orte, wo dasselbe zur Zeit der nachträglichen Weisung sich befindet. Der wesentliche Zweck einer solchen Weisung ist überhaupt regelmäßig bloß der negative: unter Revocation des Transportauftrags die Auslieferung der Waare an den Adressaten zu hindern. In diesem Sinne läßt sich . . . das dem Absender durch den Art. 402 eingeräumte Recht als ein „Zurückrufen" des Guts bezeichnen, wie es in der That . . . von einem Mitgliede der Nürnberger Commission (Prot. S. 1233) bezeichnet worden ist. Daß das eingeräumte Recht aber so weit reiche, auf Grund der Revocation zur Ermöglichung der Rückgabe an dem Absendungsort zugleich den Rücktransport dahin fordern zu dürfen, kann und soll damit nicht gesagt sein.

Was das AG. vom Standpunct des praktischen Bedürfnisses aus bemerkt hat, ist zwar bei der Stellung der Eisenbahnen als „Trägern des allgemeinen Verkehrs", und daher in gewissem Sinne gemeinnützigen Anstalten, für richtig anzuerkennen, gewährt aber kein beachtliches Interpretationsmoment für den Art. 402 cit. Denn dem erwähnten Bedürfnisse Genüge zu leisten, ist eine besondere Gesetzesvorschrift, nämlich der Art. 422, bestimmt, wonach eine Eisenbahn, welche dem Publicum zur Benutzung für den Güterverkehr eröffnet ist, die bei ihr nachgesuchte Eingehung eines Frachtgeschäfts der Regel nach, dafern nur die Voraussetzungen unter 1—3 des Artikels zutreffen, nicht verweigern darf. . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (3. Sen.) v. 30. Novbr. 1874. Entscheidungen Bd. 16 S. 198 ff. (X.)

sorgfältig angestellter Erkundigung auch nicht glaube, daß die von dem Beklagten zur Bezahlung meiner Schuld an den ꝛc. verwendeten Gelder ꝛc. von solchen Geldern entnommen sind, welche meine Mutter bei der Wirthschaftsführung für den Beklagten erübrigt hat."

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 10. Juni 1879 i. S. Meyer w. Meyer, wegen Abfindung. (D.)

---

77. Substantiirung der Klage aus Gesellschaft auf Theilung des erzielten Gewinns; Behauptung des verklagten Gesellschafters, daß er durch das gemeinschaftliche Geschäft in Aufrechnung zu bringende Auslagen gehabt habe; Beweislast.

Die Klage behauptete, der Verklagte habe dem Kläger einen Hof als für G. passend namhaft gemacht, ihn aufgefordert, den G. an ihn, Verklagten, zu weisen, und versprochen, daß das, was durch Vermittlung des Verkaufs des fraglichen Hofs an G. verdient werde, zwischen den Streittheilen getheilt werden solle; und weiter, daß Verklagter 600 M. für die Vermittlung des Kaufgeschäfts erhalten habe, ohne darüber, ob der Verklagte Auslagen bei der Vermittlung gehabt, ausdrücklich etwas zu erwähnen. In der Appellation gegen die erstinstanzliche Verurtheilung brachte der Verklagte die für eine Reihe von Reisen im Interesse des Kaufgeschäfts gemachten Auslagen in Aufrechnung; das AG. aber wies die Klage ab, weil die Vereinbarung der Streittheile vom Reingewinn zu verstehen und dieser vom Kläger nicht dargelegt sei, welcher nur den Bezug der Provision seitens des Verklagten behauptet, den zweitinstanzlichen Behauptungen des Letzteren über diverse gehabte Auslagen gegenüber sich lediglich auf deren Verneinung beschränkt, und nicht die Behauptung aufgestellt habe, daß der Verklagte bei seiner Thätigkeit überhaupt keine Auslagen gehabt, also die 600 M. „verdient" habe. In oberster Instanz wurde erkannt:

Wenn bei Verträgen, welche die Theilung eines durch die Thätigkeit des einen Contrahenten zu erzielenden Reingewinns zum Gegenstand haben, unter den Parteien Streit darüber entsteht, ob dieser Contrahent der Einnahme gegenüber überhaupt oder mehr Aufwendungen gehabt hat, als der Mitcontrahent zugiebt, so trifft nicht diesen als Kläger die Beweislast, daß die sämmtlichen vom Verklagten behaupteten oder die nicht zugestandenen Aufwendungen nicht erfolgt seien, sondern es ist processualisch die Aufgabe des Verklagten, seine nicht anerkannten Aufwendungen thatsächlich zu begründen und zu beweisen. Ist auch im vorliegenden Falle vom Kläger die Behauptung, daß der Verklagte bei seiner Thätigkeit zur Vermittlung des fraglichen Hauskaufvertrages überhaupt keine Auslagen gehabt, die

sich dabei vielmehr der Hülfe Anderer bedienen dürfen; Voraussetzung ist aber auch dabei immer, daß diese Verrichtungen unter ihrer Aufsicht und nach ihrer Anweisung erfolgen. Es entspricht daher der Absicht des Gesetzes unzweifelhaft nicht, wenn sie ohne jede eigene Prüfung nur das constatiren, was Andere vorher gefunden haben wollen; es ist dann die Besichtigung und Prüfung eben nicht von ihnen, sondern von Anderen vorgenommen, das Gesetz verlangt aber gerade Besichtigung und Prüfung durch die zuständige Behörde oder die amtlich bestellten Sachverständigen. Etwas Anderes ist auch aus jener Vorentscheidung vom 30. Juni 1871 nicht zu entnehmen; es soll nach derselben die Beweiskraft des Atteste in jedem einzelnen Falle besonders geprüft werden, woraus denn auch folgt, daß es sehr wesentlich darauf ankommt, inwieweit die Sachverständigen bei Ausführung des Geschäfts den allgemeinen und aus dem Zwecke sich ergebenden besonderen Verpflichtungen genügt haben.

In dem vorliegenden Falle ist nun der Appell.-Richter in der Hauptsache von denselben Grundsätzen ausgegangen; er bezieht sich ausdrücklich auf jenes Erk. vom 30. Juni 1871 und prüft, von diesen Gesichtspuncten ausgehend, inwieweit die amtlich bestellten Sachverständigen . . . gesetzlich verfahren sind und ob dem von ihnen ausgestellten Atteste Beweiskraft beizumessen ist. Er verneint dann diese Frage, weil die Sachverständigen sich bei der bloßen Besichtigung des Fasses haben bewenden lassen, eine Prüfung des Zustandes und der Menge des Inhalts des fragl. Fasses überhaupt nicht vorgenommen haben, die bloße Bezugnahme auf das von der Steuerbehörde festgestellte Gewicht nicht genügte, mindestens von den Sachverständigen auf Grund **eigener** Wahrnehmung festgestellt werden mußte, daß das Faß resp. jener Theil ausgelaufen gewesen, von ihnen selbst auch das Manco, wenigstens annähernd, hätte geschätzt werden müssen.

Ein Verstoß gegen die eben entwickelten Grundsätze ist hierin nicht zu finden. Implorantin sucht ihn darin, daß gegen die Richtigkeit der zollamtlichen Gewichtsermittelung nicht der geringste Zweifel obwaltete, durch Art. 609 aber nicht ausgeschlossen sei, daß die Sachverständigen eine solche Ermittelung ihrem Gutachten zum Grunde legen dürften, sobald sie an Richtigkeit zu bezweifeln keine Veranlassung hätten. . . . Es kann dies indeß in solcher Allgemeinheit nicht als richtig angesehen werden, mindestens wäre noch immer eine **dahin** gerichtete Prüfung seitens der Sachverständigen erforderlich gewesen. Die Steuerbehörde war . . . nicht die **zuständige** Behörde im Sinne des Art. 609, ihre Besichtigung, Prüfung und Verwiegung daher nicht maßgebend; die Sachverständigen wurden durch die steueramtliche Verwiegung nicht von der **eigenen** Besichtigung und Prüfung entbunden."

Erk. des ROHG. zu **Leipzig** (2. Sen.) v. 24. Januar 1874. Entscheidungen Bd. 12 S. 248 ff. (X.)

70. Fehlende Jahreszahl bei Bezeichnung der Zahlungszeit eines Wechſels.

Vgl. Bd. 32 Nr. 76 u. d. dort. Nachw.

Eine Wechſelklage wurde in den beiden Vorinſtanzen mit dem Bedeuten, daß ein Zahlungsauftrag nicht erlaſſen werden könne, dem Kläger zurückgeſtellt, weil im Wechſel das Jahr, in welchem die Zahlung geleiſtet werden ſolle, nicht enthalten ſei und durch die in den Wechſel aufgenommenen Worte „zahlbar am 1. Auguſt", ohne Beiſetzung des Jahres, ein beſtimmter Zahlungstag nicht bezeichnet erſcheine, daher dem Wechſel ein weſentliches, zu ſeiner Gültigkeit erforderliches Merkmal fehle (Art. 4 der WO.).

Der oberſte Gerichtshof verordnete, unter Aufhebung der unterrichterlichen Entſcheidungen, über die Wechſelklage eine Tagſatzung zur Verhandlung nach Wechſelrecht (§ 9 der öſterr. Juſtizminiſterialverordnung vom 25. Jänner 1850, Reichsgeſetzblatt Nr. 52) anzuſetzen, „weil die unterlaſſene Beiſetzung des Jahres, in welchem die Zahlung geleiſtet werden ſoll, nicht als ein Mangel des im Art. 4 Abſ. 4 der WO. bezeichneten weſentlichen Erforderniſſes eines gezogenen Wechſels angeſehen werden kann, ſondern nur ein Bedenken begründet, welches der Erlaſſung des Zahlungsauftrages entgegen ſteht."

Erk. des oberſten Gerichtshofes zu Wien v. 30. April 1878. Allgem. öſterr. Gerichtszeitung Jahrg. 1879 S. 168. (X.)

---

71. Activlegitimation des Inhabers eines Wechſels, auf welchem ſich unter dem Blancoindoſſament des Traſſanten ein Blancoindoſſament des Klägers befindet.

Vgl. Bd. 16 Nr. 240. Auch Bd. 33 Nr. 328.

„Soviel die Ausſtellung wider die Sachlegitimation des Klägers anlangt, ſo ſteht dem Kläger das von ihm auf den Wechſel gebrachte Blancoindoſſament nicht entgegen, weil daſſelbe durch Uebergabe des Wechſels nicht perfect geworden iſt, wie ſich daraus ergiebt, daß ſich der Kläger ſowohl bei der Aufnahme des Proteſtes, als auch zur Zeit der Anſtellung der Regreßklage noch in dem Beſitze des Wechſels befunden hat. Denn ein Indoſſatar behält, trotz eines auf den Wechſel gebrachten Blancoindoſſaments ſeine Rechte aus dem Wechſel, wenn er ſich nicht durch Uebergabe des mit dem Blancogiro verſehenen Wechſels an einen Andern dieſer Rechte entäußert, oder wenn er, was dem gleichſteht, den Wechſel zwar einem Andern übergeben, denſelben jedoch von dieſem vor Ausfüllung des Blancogiros zurückerhalten hat. Allerdings hätte der Kläger es in ſeiner Macht gehabt, das aus dem Geſichtspuncte einer einſeitigen Verfügung zu b

80. Der obsiegende Gläubiger braucht sich die Substituirung eines andern Befriedigungsmodus, als der Verurtheilung zur Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung, nicht gefallen zu lassen.

Der Beklagte hatte den von ihm anerkannten Theil der klägerischen Geldforderung zum gerichtlichen Depositum gezahlt und in dessen Auszahlung an den Kläger für den Fall gewilligt, daß der Kläger die Löschung der den ganzen Anspruch betreffenden Eintragung im Hypothekenbuche bewirke. Obwohl diese letztere Verclausulirung für ungerechtfertigt erklärt und damit verneint wurde, daß der Beklagte durch die Deponirung liberirt worden sei, beschränkte das erste Erkenntniß dennoch die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung auf den ihm ferner zuerkannten Betrag, indem es den Kläger wegen des Zugestandenen auf die deponirten Gelder verwies. Dies Verfahren wurde in den Entscheidungsgründen 3. Instanz für unstatthaft erklärt. Hier heißt es:

Der Kläger meint, daß er — statt der Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der vollen ihm zukommenden Summe — die Verweisung auf ein gerichtliches Depositum sich nicht gefallen zu lassen brauche, theils weil er ein Recht auf die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung unter Androhung von Exekution habe, theils weil auch sein Interesse dies verlange.

An und für sich steht jedem Gläubiger, dessen ausgeklagter Anspruch ganz oder theilweise anerkannt oder durch Erkenntniß festgestellt wird, das Recht zu, daß der Schuldner in die Zahlung desselben an ihn mit der Folge verurtheilt wird, daß ihm die zuerkannten Beträge bei Vermeidung der Exekution ins Haus gebracht werden müssen; die Substituirung eines anderen Modus der Befriedigung, insbesondere auch die Verweisung auf ein noch so paates Zahlungsmittel, braucht er sich ohne Weiteres nicht gefallen zu lassen. Allerdings erleidet dieser Satz eine Ausnahme, wenn der Schuldner mit Grunde Rechtens die schuldige Summe zum gerichtlichen Depositum gezahlt hat; weil er hierdurch von seiner Verbindlichkeit überhaupt befreit wird, so cessirt natürlich jede Verurtheilung zur Zahlung dieser Summe. Da aber die Einzahlung der fragl. 2123 ℳ 32 ₰ ins gerichtliche Depositum seitens des Beklagten zunächst mit der Beschränkung erfolgte, daß er gegen die Auszahlung an den Kläger nichts zu erinnern habe, sofern derselbe in die Löschung der Abfindung willige, diese Verclausulirung aber mit Recht für ungerechtfertigt und die Deposition dem Kläger gegenüber für wirkungslos erkannt ist, so scheint es, als habe der Kläger diese Beschwerde mit gutem Grunde erhoben.

Erk. des OG. (1. Sen.) zu Wolfenbüttel v. 10. Juni 1879 i. S. Meyer w. Meyer, wegen Abfindung. (D.)

81. Rückforderung der Brautgeschenke, wenn die Ehe nicht zu Stand gekommen ist. Beweislast hinsichtlich der Verschuldung.

Vgl. Bd. 17 Nr. 59. — Vgl. auch Bd. 29 Nr. 281 u. d. dort. Nachw.

Der Kläger vindicirte eine Anzahl Hausgegenstände, welche die Verklagte aus seiner Wohnung mitgenommen, nachdem das Verlöbniß mit derselben, welche bis dahin die Wohnung mit ihm getheilt hatte, aufgehoben worden. Die Verklagte erwiderte, daß Kläger ihr die Sachen geschenkt und Veranlassung zur schließlichen Aufhebung des Verlöbnisses gegeben habe. Nachdem auf Eid über die Schenkung erkannt war, appellirte Kläger, weil er das Recht der Rückforderung der seiner Braut während des Verlöbnisses geschenkten Gegenstände habe, und das AG. verurtheilte, weil es Sache der Einrede sei, ein Verschulden des Zurückfordernden, welches die Aufhebung des Verlöbnisses rechtfertige, zu begründen (Verletzung der Treue, grundlose Verzögerung des Ehevollzugs, Begehen eines entehrenden Verbrechens u. a. m.). Die Verklagte war dagegen der Meinung, daß die Geschenke von dem einseitig und willkührlich zurücktretenden Verlobten nicht zurückgefordert werden könnten, sondern nur, wenn er ein Verschulden des beklagten Theils nachweise.

In oberster Instanz wurde erkannt:

Wenn auch anzuerkennen ist, daß die nach Aufhebung des Verlöbnisses wegen mangelnder Voraussetzung an und für sich begründete Klage auf Rückgabe der Brautgeschenke nach der Bestimmung in der const. 15 de don. ante nupt. 5. 3 durch den Einwand, daß der die geschenkten Sachen zurückfordernde Kläger einseitig und willkührlich vom Verlöbniß zurückgetreten sei, ausgeschlossen werden kann, so ist doch nicht ersichtlich, daß der Appell.-Richter diesen Rechtssatz verletzt hat. Er nimmt an, daß der Verklagten eine Einrede zustehe, falls der Aufhebung des Verlöbnisses ein Verschulden des Klägers zu Grunde liege[1]). Daß er damit eine Einrede, welche allein auf die Behauptung des einseitigen und willkührlichen Rücktritts des Klägers vom Verlöbniß gebaut ist, hat für unzulässig erklären wollen, ist nicht anzunehmen, da auch in solchem Falle die Aufhebung des Verlöbnisses auf ein Verschulden des Klägers zurückzuführen ist, insofern dieser nicht darthut, daß er in Folge des Verhaltens der verklagten Partei begründete Veranlassung zur Aufhebung des Verlöbnisses gehabt habe (const. 15 l. c.). Hätte man aber auch anzunehmen, daß der Appell.-Richter eine derartige Einrede rechtsirrthümlich für unstatthaft erachtet, so würde gleichwohl eine Zurückweisung des Rechtsmittels erfolgen müssen, da es im vorliegenden Fall an einer thatsächlichen Begründung dieser Einrede fehlt.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) vom 17. April 187 i. S. Ohlsen w. Siemsen (holsteinsche Sache). (S.)

[1]) Vgl. Puchta § 424; Arndts § 413; Windscheid § 427 Not. 13.

In dem erstern Fall steht dem Blancoacceptanten aus eigenem Rechte die exceptio doli mindestens gegen jeden bösgläubigen Nehmer zu, welcher widerrechtlich die Ausfüllung entgegen dem ursprünglichen Wechselvertrage bewirkt, oder an solcher Vertragswidrigkeit Theil genommen, oder doch bei Erwerb des bereits ausgefüllten Wechsels um den Vertrauensmißbrauch dem Acceptanten gegenüber gewußt hat.

In dem zweiten Falle aber, wenn der erste Nehmer, der ihm vom Blancoacceptanten ertheilten Befugniß gemäß, das Blankett an einen weitern Nehmer zur Ausfüllung aushändigt, dabei jedoch seinerseits im eigenen Interesse eine bestimmte Art der Ausfüllung vorschreibt, und nun der Inhaber bei der Ausfüllung dieser Vorschrift zuwider handelt, . . . steht dem Blancoacceptanten der Einwand der vertragswidrigen Ausfüllung diesem Inhaber aus eigenem Rechte dann nicht zu, wenn in dessen Zuwiderhandlung nicht zugleich eine Uebertretung des, dem Inhaber bei Empfang des Blanketts bekannten, ursprünglichen Wechselvertrages dem Acceptanten gegenüber liegt.

Durch die auf den ersten Nehmer bzw. dessen Ausfüllung nicht beschränkte und die Art der Ausfüllung nicht einschränkende Weggabe eines Blancoaccepts begiebt sich der Blancoacceptant von vornherein des Rechts auf Einreden aus der Art der Ausfüllung.

Hat der erste Nehmer seinem Abnehmer in dieser Beziehung einseitig Beschränkungen auferlegt, so darf der Acceptant eine Zuwiderhandlung gegen solche Beschränkungen nicht rügen, da er sie bei seinem mit dem ersten Nehmer geschlossenen Wechselvertrage nicht vorgesehen hat und sie nur in dem weitern Begebungsvertrage zwischen dem ersten Nehmer und dem Inhaber wurzeln. Eine daraus entnommene Einrede des Blancoacceptanten wäre eine exceptio de jure tertii. Hätte er auch ein eigenes Interesse an der Wahrung des Vertrags zwischen den beiden Nehmern, so würde er dasselbe doch nicht durch die Bemängelung der Activlegitimation des Inhabers, sondern nur durch den Nachweis einer von dem Inhaber ihm gegenüber begangenen Arglist geltend machen können."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 17. Mai 1878. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1878 S. 263. (X.)

II. Civilproceß.

74. Streitgenossen. Inwiefern nützt das von einem derselben eingelegte Rechtsmittel auch dem andern?

Vgl. Bd. 26 Nr. 90 u. d. dort. Nachw., sowie Bd. 8 Nr. 338.

Gegen das eine Klage von drei Geschwistern und den Erben dreier weiteren auf Herausgabe der Erbtheile, resp. Abrechnung abweisende zweit-

instanzliche Urtheil hatten die minderjährigen Kinder zweier Brüder das Rechtsmittel der Revision eingelegt und ein Urtheil erwirkt, wodurch die verklagte Wittwe zur vollständigen Klagbeantwortung schuldig erkannt wurde. Als demnächst das Kreisgericht die übrigen Mitkläger auf Grund der exceptio rei iudicatae zurückwies und das AG. diese Entscheidung bestätigte, griffen dieselben dies Urtheil in 3. Instanz wegen Verletzung des fr. 10 § 4 de appell. 49. 1 und des Grundsatzes an, daß die von einem Streitgenossen durch ein Rechtsmittel erzielte günstige Entscheidung auch demjenigen Streitgenossen zu gut komme, welcher sich nicht an dem Rechtsmittel betheiligt hat, das Resultat desselben aber annehmen will.

In oberster Instanz wurde erkannt:

Der als verletzt bezeichnete Grundsatz besteht in dieser Allgemeinheit nicht, das AG. geht vielmehr mit Recht davon aus, daß nur ausnahmsweise, unter den in den betreffenden Quellenstellen hervorgehobenen Voraussetzungen der von einem Streitgenossen durch ein eingelegtes Rechtsmittel erzielte günstige Erfolg den übrigen Streitgenossen, welche das ihnen nachtheilige Urtheil nicht angefochten haben, zu gut kommt. Denn die Streitgenossen stehen der Regel nach dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Handlungen und Unterlassungen des einzelnen Streitgenossen den übrigen weder Vortheil noch Nachtheil bringen, sofern nicht das materielle Recht das Gegentheil erheischt. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen jene Ausnahme bezüglich der von einem Streitgenossen verfolgten Rechtsmittel eintrete, wie namentlich das fr. 10 § 4 de appell. 49. 1 und const. 1 si unus ex pluribus 7. 68 zu verstehen seien, ist zwar in Doctrin[1]) und Praxis streitig, es muß jedoch die Auffassung, welche der Appell.-Richter seiner Entscheidung zum Grunde gelegt hat, für die richtigere gehalten werden[2]). Geht man von dieser Ansicht aus, so hat auch das AG. mit Recht angenommen, daß im vorliegenden Falle eine causa communis der mehreren Mitkläger nicht vorhanden sei.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 23. Januar 1879 i. S. Harms Erben w. Harms Wittwe (holsteinsche Sache). (S.)

---

75. Actio negot. gest. contraria wegen Bezahlung einer Schuld des Beklagten; Klagbegründung; präsumtive Nützlichkeit der Schuldenzahlung.

Vgl. Bd. 15 Nr. 25; Bd. 27 Nr. 27.

Nach der Klage hat der Verklagte von der Gemeinde N. Grasloose für 185,80 M. gesteigert und Kläger diesen Betrag für den Erstern an die

---

[1]) Vgl. Planck Mehrheit der Rechtsstr. und Bayer Civilproc. einerseits, Wetzell im Civilproc. andrerseits.

[2]) Man vergleiche § 58 und 59 der deutschen Civilproceßordnung vom 30. Januar 1877.

emeindekasse bezahlt. Das Erkenntniß auf Eid über die Zahlung focht Verklagter damit an, daß er nicht einsehe, wie Kläger hätte dazu kommen ollen, sich in seine Geschäfte zu mischen, und daß derselbe auch die Nützlichkeit seines Eingreifens, z. B. daß er keine verjährte Schuld bezahlt, nicht dargethan habe. Gegen das bestätigende Urtheil des AG. wandte er an, daß der Geschäftsführer die Entstehung und Fälligkeit, bei Kaufgeldschulden die Ueberlieferung des Kaufgegenstandes an den Verklagten zu beweisen habe.

In 3. Instanz wurde erkannt:

Die Richter der Vorinstanzen verkennen nicht, daß der Ersatzanspruch des Geschäftsführers zur Voraussetzung hat, daß die gemachte Aufwendung im Interesse des Geschäftsherrn gelegen habe. Wenn nun auch die Bezahlung einer Schuld nicht schlechthin und unter allen Umständen eine nützliche Geschäftsführung darstellt, so ist es doch nicht zu weit gegangen, wenn das Vorhandensein einer solchen in der bewirkten Entlastung des Schuldners bis auf Weiteres, d. h. solange gefunden wird, als nicht besondere Umstände hervortreten, welche die Zahlung als nicht im Interesse des Schuldners liegend erscheinen lassen. Der Geschäftsführer hat daher zwar die rechtliche Begründung der von ihm gezahlten Schuld, nicht aber deren Fortbestand bis zur Zahlung und das Nichtvorhandensein von Einreden gegen dieselbe überhaupt darzuthun, also auch nicht bei einer aus einem Consensualvertrage herrührenden Schuld, wenn der Geschäftsherr auf die mangelnde Erfüllung der Gegenseite sich nicht einmal beruft, die vorangegangene Erfüllung des von ihm befriedigten Gläubigers.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 25. Februar 1879 i. S. Weber w. Maus (hessische Sache). (S.)

---

76. Voraussetzung, Substantiirung und Beweisumfang bei der actio negotiorum gestorum contraria, wenn es sich um die Liberirung von einer Schuld handelt; Zahlung aus eigenen Mitteln.

Vgl. Bd. 6 Nr. 37; Bd. 17 Nr. 106; Bd. 20 Nr. 31; Bd. 24 Nr. 96; Bd. 25 Nr. 80; Bd. 30 Nr. 24; Bd. 34 Nr. 162.

. . . „Der Anspruch des negotiorum gestor auf Ersatz des bei Gelegenheit seiner Geschäftsführung für den Geschäftsherrn utiliter Verausgabten beschränkt sich nach zahlreichen und übereinstimmenden Gesetzesaussprüchen auf dasjenige, was er zu diesem Zwecke aus seinem Vermögen wirklich aufgewendet hat.

Fr. 2 de negot. gest. 3. 5: ita ex diverso iustum est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine *vel abest ei vel abfuturum est*; fr. 10 pr. eod.: sumtuum quos feci; wegen der Zinsen: fr. 19 §. 4 eod.; fr. 37 de usur. 22. 1; Mommsen Lehre vom Interesse S. 36 ff.

Dies gilt auch, wenn die Geschäftsführung in der Bezahlung einer Schuld des dominus negotii bestanden hat; für den Ersatzanspruch des negot. gestor ist die durch ihn erfolgte Liberirung des Letzteren zwar eine der Voraussetzungen seines mit der actio negot. gestor. contraria geltend zu machenden Ersatzanspruchs (fr. 43 de negot. gest. 3. 5), aber nicht die einzige; diejenigen Stellen, welche von der Liberirung des Schuldners et alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito reden,

pr. Inst. quibus modis oblig. toll. 3. 29; fr. 23, 40, 53 de solut. 46. 3; fr. 39 de negot. gest. 3. 5,

haben nicht das Verhältniß zwischen dem negotiorum gestor und dem Geschäftsherrn zum Gegenstande, und auch das citirte fr. 43 de negot. gest., welches anscheinend als Voraussetzung der actio negot. gestor. contraria lediglich die Liberirung des dominus negotii verlangt, kann im Zusammenhange mit den übrigen Stellen desselben Titels nur mit der selbstverständlichen Beschränkung verstanden werden, daß bei Gelegenheit der Liberirung des Letzteren eine Vermögensaufwendung seitens des negot. gestor. im Betrage der gezahlten Schuld stattgefunden hat.

Muß hiernach für die Substantiirung der auf Bezahlung einer fremden Schuld gestützten actio contraria nicht bloß die Behauptung, daß der Beklagte liberirt sei, sondern auch die Behauptung, daß der Kläger dazu eine Vermögensaufwendung (im eingeklagten Betrage) gemacht habe — was in der Regel auf Zahlung aus eigenen Mitteln hinauslaufen wird — verlangt werden, so fragt es sich weiter, ob im Fall der Liquidität des ersterwähnten Theils des Klaggrundes für das Vorhandensein des letzteren Theils desselben eine Präsumtion derart streitet, daß nunmehr der Beklagte hinsichtlich der Negative desselben beweispflichtig wird. Diese Frage muß indeß, obwohl sich die bejahende Ansicht hie und da:

z. B. Seuffert Archiv Bd. 24 Nr. 96, vgl. Bd. 6 Nr. 37,

auch in Rechtssprüchen hiesiger Gerichte, vertreten findet, verneint werden, da jedenfalls die Gesetze eine derartige Präsumtion nicht aufgestellt haben.

S. Seuffert Archiv Bd. 20 Nr. 31, Bd. 25 Nr. 80.

In der That kann nicht zugegeben werden, daß im Allgemeinen auch nur eine Wahrscheinlichkeit dafür spricht, die Liberirung eines Dritten sei durch eine Vermögensaufwendung (bzw. noch weniger, in welchem Betrage) bewirkt; selbst die Liberirung durch Zahlung, und zwar der vollen Schuld, läßt auf mancherlei Weise die Möglichkeit zu, daß die Zahlung nicht gerade, direct oder indirect, aus eigenen Mitteln des Zahlenden geschehen und daher eine Vermögensaufwendung nicht enthalten habe. Ja es kann eine solche — an und für sich niemals ausgeschlossene — Möglichkeit sogar zur Wahrscheinlichkeit gegen die Zahlung aus eigenen Mitteln werden, z. B.

wenn in dem concreten Falle der negotiorum gestor (etwa als socius, ständiger Verwalter ꝛc.) Gelder des Geschäftsherrn unter sich hatte.

S. die citirten Erkenntnisse in Seuffert Archiv Bd. 20 Nr. 31, Bd. 25 Nr. 80.

Zu diesen Fällen gehört auch der vorliegende, wo der Beklagte zugesteht, die zur Zahlung verwandten Gelder zuvor von der gemeinschaftlichen Mutter der Parteien erhalten zu haben, und nicht bestritten hat, daß dieselbe gerade auch Gelder des Klägers in Händen gehabt habe, von denen die Schuld hätte berichtigt werden können. . . .

Es gehört daher zur Substantiirung der aufgestellten Gegenforderung schon von vornherein die Behauptung, daß die Liberirung des Klägers mittelst einer Vermögensaufwendung des Beklagten erfolgt sei; nur daß aus praktischen Gründen die nähere Darlegung, daß und inwiefern eine solche stattgefunden habe, bis dahin mag erspart werden können, daß gegnerischerseits gerade diese Thatsache, namentlich die Zahlung aus eigenen Mitteln, in Zweifel gezogen wird; weshalb es denn auch in concreto nicht für incorrect angesehen werden kann, wenn der Beklagte die in der Vernehmlassung geschehene Substantiirung seiner Gegenforderung (daß er nämlich für den Kläger dessen Schuld bezahlt und ausgelegt habe — womit die Verwendung eigener Mittel hinreichend ausgedrückt wurde —) den Gegenbehauptungen des Klägers gegenüber in der Beziehung näher erläutert hat, inwiefern die verwandten Gelder dennoch seinem eigenen Vermögen angehört hätten.

Wenn nicht aber die ersten Richter den dem Beklagten obliegenden Beweis ganz allgemein auf die Zahlung „aus eigenen Mitteln" verstellt haben, so kann ihnen hierin nicht beigepflichtet werden. Denn durch die weiteren Verhandlungen ist der eigentliche Streitpunct unter den Parteien dahin präcisirt, daß — während beide Theile darüber einig sind, daß die verwandten Gelder zunächst von der Mutter derselben hergegeben sind — der Beklagte behauptet, einen Ersatzanspruch um deswillen zu haben, weil das Geld aus der für ihn auf seine Rechnung (von der Mutter) geführten Hofswirthschaft herrühre; eine Behauptung, der der Kläger, wie oben ersichtlich, unter eigener Inanspruchnahme der verausgabten Gelder, widersprochen hat. Es hätte daher diese Behauptung zum Beweise verstellt werden müssen." . . .

Aus diesen Gründen wurde, unter Aufhebung der Entscheidung 2. Instanz, in welcher, weil es an und für sich genügend sei, „wenn Beklagter die Gelder für den Kläger bezahlt und dadurch dessen negotia mit dem Anspruche auf Ersatz gerirt habe", ohne daß es darauf ankomme, ob aus eigenen oder fremden Mitteln gezahlt sei, aus der erstinstanzlichen Eidesnorm die Worte „aus eigenen Mitteln" gestrichen waren, der vom Kläger zu schwörende Eid dahin specialisirt: „ich schwöre, daß ich nicht weiß und nach

sorgfältig angestellter Erkundigung auch nicht glaube, daß die von dem Beklagten zur Bezahlung meiner Schuld an den ꝛc. verwendeten Gelder ꝛc. von solchen Geldern entnommen sind, welche meine Mutter bei der Wirthschaftsführung für den Beklagten erübrigt hat."

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 10. Juni 1879 i. S. Meyer w. Meyer, wegen Abfindung. (D.)

---

77. Substantiirung der Klage aus Gesellschaft auf Theilung des erzielten Gewinns; Behauptung des verklagten Gesellschafters, daß er durch das gemeinschaftliche Geschäft in Aufrechnung zu bringende Auslagen gehabt habe; Beweislast.

Die Klage behauptete, der Verklagte habe dem Kläger einen Hof als für G. passend namhaft gemacht, ihn aufgefordert, den G. an ihn, Verklagten, zu weisen, und versprochen, daß das, was durch Vermittlung des Verkaufs des fraglichen Hofs an G. verdient werde, zwischen den Streittheilen getheilt werden solle; und weiter, daß Verklagter 600 ℳ für die Vermittlung des Kaufgeschäfts erhalten habe, ohne darüber, ob der Verklagte Auslagen bei der Vermittlung gehabt, ausdrücklich etwas zu erwähnen. In der Appellation gegen die erstinstanzliche Verurtheilung brachte der Verklagte die für eine Reihe von Reisen im Interesse des Kaufgeschäfts gemachten Auslagen in Aufrechnung; das AG. aber wies die Klage ab, weil die Vereinbarung der Streittheile vom Reingewinn zu verstehen und dieser vom Kläger nicht dargelegt sei, welcher nur den Bezug der Provision seitens des Verklagten behauptet, den zweitinstanzlichen Behauptungen des Letzteren über diverse gehabte Auslagen gegenüber sich lediglich auf deren Verneinung beschränkt, und nicht die Behauptung aufgestellt habe, daß der Verklagte bei seiner Thätigkeit überhaupt keine Auslagen gehabt, also die 600 ℳ „verdient" habe. In oberster Instanz wurde erkannt:

Wenn bei Verträgen, welche die Theilung eines durch die Thätigkeit des einen Contrahenten zu erzielenden Reingewinns zum Gegenstand haben, unter den Parteien Streit darüber entsteht, ob dieser Contrahent der Einnahme gegenüber überhaupt oder mehr Aufwendungen gehabt hat, als der Mitcontrahent zugiebt, so trifft nicht diesen als Kläger die Beweislast, daß die sämmtlichen vom Verklagten behaupteten oder die nicht zugestandenen Aufwendungen nicht erfolgt seien, sondern es ist processualisch die Aufgabe des Verklagten, seine nicht anerkannten Aufwendungen thatsächlich zu begründen und zu beweisen. Ist auch im vorliegenden Falle vom Kläger die Behauptung, daß der Verklagte bei seiner Thätigkeit zur Vermittlung des fraglichen Hauskaufvertrages überhaupt keine Auslagen gehabt, die

unbestritten erhaltenen 600 M. also verdient habe, nicht in dieser Fassung zum Ausdruck gebracht, so hat doch der Kläger, womit auch die aus seiner Berufungsbeantwortung hervorgehende Erläuterung seines Klagvorbringens übereinstimmt, hinlänglich deutlich die Klage auf gleichheitliche Theilung der Einnahme thatsächlich damit begründet, daß abzuziehende Aufwendungen nicht vorliegen, und dieser aus dem concludenten Inhalt des Gesammtvorbringens des Klägers hervorgehenden Klagbegründung gegenüber ist das Vorbringen des Verklagten über erfolgte Aufwendungen, welches vom Verklagten auch nur als Einrede vorgetragen worden ist, processualisch als Einrede zu behandeln gewesen. Darin, daß dies seitens des AG. nicht geschehen, vielmehr eine weitere Darlegung eines Reingewinnes von 600 M. oder wenigstens weiter die ausdrückliche Behauptung des Klägers vermißt worden ist, daß der Verklagte bei seiner erwähnten Thätigkeit überhaupt keine Auslagen gehabt, die erhaltenen 600 M. also verdient habe, tritt ein Rechtsirrthum über Begründung und Beweislast bei Klagen der vorliegenden Art zu Tage.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 22. Octbr. 1878 i. S. Scheller w. Koch (nassauische Sache). (S.)

---

78. Die Frage, ob der Ehemann zur Alimentation der Frau im Stande sei, gehört nicht zur Klagbegründung, auch nicht wenn Geld statt Naturalverpflegung verlangt wird.

Vgl. Bd. 1 Nr. 233.

Die Klägerin, welche wegen Sävitien Ehescheidung verlangte, beantragte unter der Behauptung, daß sie genöthigt gewesen, das Haus ihres Ehemannes zu verlassen, den Verklagten zu einer Alimentenleistung während des Scheidungsprocesses zu verurtheilen, und führte an, daß derselbe ein eigenes Grundstück und ein selbstständiges Geschäft besitze, während der Verklagte behauptete, das Geschäft mit fremdem Gelde betrieben und das Grundstück verkauft zu haben, jetzt mittellos zu sein. Er wurde in 2. Instanz verurtheilt und dies Erkenntniß in oberster Instanz bestätigt:

Die vom Verklagten aufgestellte Ansicht, daß die Ehefrau, welche Alimente verlange, zur Begründung des Anspruchs nachzuweisen habe, daß ihr Ehemann sich in Verhältnissen befinde, daß er sie von seinem Vermögen oder Erwerb zu alimentiren im Stande sei, ist nicht begründet. Die Pflicht des Mannes, seiner Ehefrau standesmäßigen Unterhalt zu gewähren, ist eine unmittelbare Folge der Ehe, und es ist diese Verpflichtung nicht dadurch bedingt, daß der Mann ausreichendes Vermögen besitze. Dieser

letztere Umstand hat vielmehr nur für die Frage Bedeutung, ob der Mann thatsächlich im Stande ist, der ihm rechtlich obliegenden Verpflichtung zu genügen. Zur Begründung der Klage der Ehefrau auf Alimentation bedarf es daher des Nachweises, daß der Ehemann ausreichendes Vermögen zur Leistung der Alimentation habe, nicht. Diese Grundsätze sind auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn die Frau berechtigt ist, während des Ehescheidungsprocesses getrennt von ihrem Manne zu leben und die Gewährung von Alimenten in Geld zu verlangen.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 12. Juni 1879 i. S. Locker Ehefrau w. Ehemann (holsteinsche Sache). (S.)

---

79. Zur Begründung der Klage auf Nichtigkeit der Ehe wegen fehlender Virginität genügt nicht die Behauptung der Schwangerschaft zur Zeit der Eheschließung.

Vgl. Bd. 6 Nr. 210; Bd. 12 Nr. 36.

Die Verklagte, welche sich am 13. März mit dem Kläger verheirathet, hat am 18. Juni desselben Jahres einen Knaben geboren. Dem auf Nichtigerklärung der Ehe klagenden Ehemann legte das Kreisgericht einen Eid auf, daß er in der Zeit vom 22. August bis 18. December des vorausgegangenen Jahres mit der Verklagten den Beischlaf nicht vollzogen habe. Dasselbe nahm an, es sei vollständiger Beweis weder dafür, daß ein vom Kläger bezeichneter Dritter während der entscheidenden Zeit den Beischlaf mit der Verklagten vollzogen, noch auch dafür erbracht, daß der Kläger selbst während dieser Zeit der Verklagten beigewohnt habe, nach dem Zeitraum zwischen Heirath und Geburt spreche aber die gesetzliche Vermuthung gegen die Vaterschaft des Ehemannes, und der Verklagten, die bei der Heirath schwanger gewesen, liege der Beweis der Einrede ob, daß sie in der entsprechenden Zeit mit dem Kläger fleischlichen Umgang gepflogen habe. In 2. Instanz aber wurde erkannt, zum Klaggrund gehöre Schwangerschaft von einem Dritten, den Beweis hierüber könne Kläger durch den Nachweis des Beischlafs mit einem Dritten in der entscheidenden Zeit erbringen, dieser werde aber durch den directen Gegenbeweis des Beischlafs mit dem Kläger während derselben Zeit entkräftet; deshalb wurde die Klage abgewiesen.

Diese Entscheidung fand Bestätigung in höchster Instanz.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 12. Juni 1879 i. S. Noß w. Noß Ehefrau (nassauische Sache). (S.)

80. Der obsiegende Gläubiger braucht sich die Substituirung eines andern Befriedigungsmodus, als der Verurtheilung zur Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung, nicht gefallen zu lassen.

Der Beklagte hatte den von ihm anerkannten Theil der klägerischen Geldforderung zum gerichtlichen Depositum gezahlt und in dessen Auszahlung an den Kläger für den Fall gewilligt, daß der Kläger die Löschung der den ganzen Anspruch betreffenden Eintragung im Hypothekenbuche bewirke. Obwohl diese letztere Verclausulirung für ungerechtfertigt erklärt und damit verneint wurde, daß der Beklagte durch die Deponirung liberirt worden sei, beschränkte das erste Erkenntniß dennoch die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung auf den ihm ferner zuerkannten Betrag, indem es den Kläger wegen des Zugestandenen auf die deponirten Gelder verwies. Dies Verfahren wurde in den Entscheidungsgründen 3. Instanz für unstatthaft erklärt. Hier heißt es:

Der Kläger meint, daß er — statt der Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der vollen ihm zukommenden Summe — die Verweisung auf ein gerichtliches Depositum sich nicht gefallen zu lassen brauche, theils weil er ein Recht auf die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung unter Androhung von Exekution habe, theils weil auch sein Interesse dies verlange.

An und für sich steht jedem Gläubiger, dessen ausgeklagter Anspruch ganz oder theilweise anerkannt oder durch Erkenntniß festgestellt wird, das Recht zu, daß der Schuldner in die Zahlung desselben an ihn mit der Folge verurtheilt wird, daß ihm die zuerkannten Beträge bei Vermeidung der Exekution ins Haus gebracht werden müssen; die Substituirung eines anderen Modus der Befriedigung, insbesondere auch die Verweisung auf ein noch so paates Zahlungsmittel, braucht er sich ohne Weiteres nicht gefallen zu lassen. Allerdings erleidet dieser Satz eine Ausnahme, wenn der Schuldner mit Grunde Rechtens die schuldige Summe zum gerichtlichen Depositum gezahlt hat; weil er hierdurch von seiner Verbindlichkeit überhaupt befreit wird, so cessirt natürlich jede Verurtheilung zur Zahlung dieser Summe. Da aber die Einzahlung der fragl. 2123 ℳ 32 ₰ ins gerichtliche Depositum seitens des Beklagten zunächst mit der Beschränkung erfolgte, daß er gegen die Auszahlung an den Kläger nichts zu erinnern habe, sofern derselbe in die Löschung der Abfindung willige, diese Verclausulirung aber mit Recht für ungerechtfertigt und die Deposition dem Kläger gegenüber für wirkungslos erkannt ist, so scheint es, als habe der Kläger diese Beschwerde mit gutem Grunde erhoben.

Erk. des OG. (1. Sen.) zu Wolfenbüttel v. 10. Juni 1879 i. S. Meyer w. Meyer, wegen Abfindung. (D.)

81. Rückforderung der Brautgeschenke, wenn die Ehe nicht zu Stande gekommen ist. Beweislast hinsichtlich der Verschuldung.

Vgl. Bd. 17 Nr. 59. — Vgl. auch Bd. 29 Nr. 281 u. d. dort. Nachw.

Der Kläger vindicirte eine Anzahl Hausgegenstände, welche die Verklagte aus seiner Wohnung mitgenommen, nachdem das Verlöbniß mit derselben, welche bis dahin die Wohnung mit ihm getheilt hatte, aufgehoben worden. Die Verklagte erwiderte, daß Kläger ihr die Sachen geschenkt und Veranlassung zur schließlichen Aufhebung des Verlöbnisses gegeben habe. Nachdem auf Eid über die Schenkung erkannt war, appellirte Kläger, weil er das Recht der Rückforderung der seiner Braut während des Verlöbnisses geschenkten Gegenstände habe, und das AG. verurtheilte, weil es Sache der Einrede sei, ein Verschulden des Zurückfordernden, welches die Aufhebung des Verlöbnisses rechtfertige, zu begründen (Verletzung der Treue, grundlose Verzögerung des Ehevollzugs, Begehen eines entehrenden Verbrechens u. a. m.). Die Verklagte war dagegen der Meinung, daß die Geschenke von dem einseitig und willkührlich zurücktretenden Verlobten nicht zurückgefordert werden könnten, sondern nur, wenn er ein Verschulden des beklagten Theils nachweise.

In oberster Instanz wurde erkannt:

Wenn auch anzuerkennen ist, daß die nach Aufhebung des Verlöbnisses wegen mangelnder Voraussetzung an und für sich begründete Klage auf Rückgabe der Brautgeschenke nach der Bestimmung in der const. 15 de don. ante nupt. 5. 3 durch den Einwand, daß der die geschenkten Sachen zurückfordernde Kläger einseitig und willkührlich vom Verlöbniß zurückgetreten sei, ausgeschlossen werden kann, so ist doch nicht ersichtlich, daß der Appell.-Richter diesen Rechtssatz verletzt hat. Er nimmt an, daß der Verklagten eine Einrede zustehe, falls der Aufhebung des Verlöbnisses ein Verschulden des Klägers zu Grunde liege[1]). Daß er damit eine Einrede, welche allein auf die Behauptung des einseitigen und willkührlichen Rücktritts des Klägers vom Verlöbniß gebaut ist, hat für unzulässig erklären wollen, ist nicht anzunehmen, da auch in solchem Falle die Aufhebung des Verlöbnisses auf ein Verschulden des Klägers zurückzuführen ist, insofern dieser nicht darthut, daß er in Folge des Verhaltens der verklagten Partei begründete Veranlassung zur Aufhebung des Verlöbnisses gehabt habe (const. 15 l. c.). Hätte man aber auch anzunehmen, daß der Appell.-Richter eine derartige Einrede rechtsirrthümlich für unstatthaft erachtet, so würde gleichwohl eine Zurückweisung des Rechtsmittels erfolgen müssen, da es im vorliegenden Fall an einer thatsächlichen Begründung dieser Einrede fehlt.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) vom 17. April 1879 i. S. Ohlsen w. Siemsen (holsteinsche Sache). (S.)

[1]) Vgl. Puchta § 424; Arndts § 413; Windscheid § 427 Not. 13.

82. Rechtshülfe. Legitimation zur Beschwerdeführung.

Vgl. Bd. 34 Nr. 254 u. d. dort. Nachw.

Das Kreisgericht zu D. hatte in einer bei ihm anhängigen Proceßsache das Amtsgericht G. um Zeugenvernehmung requirirt. Der Proceßgegner des Beweisführers protestirte gegen die Vernehmung der Zeugen wegen deren offenkundigen Interesses am Ausgange des Processes, und das requirirte Gericht lehnte darauf die Abhörung der Zeugen auf Grund des § 37 des Rechtshülfegesetzes vom 21. Juni 1869 ab. Auf eingelegte Beschwerde des Proceßgerichtes wurde das Amtsgericht vom AG. angewiesen, der Requisition nachzukommen, weil die beantragte Handlung nicht zu den nach § 37 cit. verbotenen gehöre, insbesondere aber die Entscheidung darüber, ob die Vernehmung zulässig sei, der Competenz des ersuchenden Gerichts unterstehe. Das Amtsgericht führte nunmehr seinerseits Beschwerde gegen diese Verfügung des AG. Darauf erging in oberster Instanz Beschluß dahin, daß die Beschwerde unstatthaft sei, dem um Rechtshülfe ersuchten Gericht gegen eine die Vollziehung der Rechtshülfe anordnende Verfügung der zweiten Instanz eine Beschwerde an die dritte Instanz nicht zustehe.

Beschluß des Obertribunals in Berlin (6. Sen.) v. 27. Mai 1879 i. S. Zinßer w. Krauskopf (nassauische Sache). (S.)

---

83. Die Zwischenklage gegen die Pfändung wird nicht durch den Erwerb publicianischen Eigenthums vom Schuldner begründet.

Vgl. Bd. 11 Nr. 212; Bd. 12 Nr. 8 und unten Nr. 85.

Der Bruder der Verklagten gründete eine Zwischenklage auf Freigabe gepfändeter Gegenstände darauf, daß er dieselben von seiner Schwester gekauft und gegen Zahlung des Kaufpreises überliefert erhalten, seitdem aber derselben miethweise belassen habe. Das AG. erkannte auf Eid über diese Thatsachen und der Zwischenkläger focht den Eid an, soweit die für die Publicianische Klage nicht erforderliche Kaufgeldszahlung darin Aufnahme gefunden, wurde aber zurückgewiesen. Die Motive dieser Entscheidung sagen:

Der Appell.-Richter hat dadurch, daß er vom Kläger den Beweis verlangt, daß er seine Verkäuferin, welche, wie unter den Parteien unbestritten ist, die bisherige Eigenthümerin war, wegen des Kaufpreises für die verkauften und tradirten Sachen zufriedengestellt habe, den Erfolg der erhobenen Zwischenklage von dem Beweise der Voraussetzungen nicht der Publicianischen Klage, sondern der Klage aus dem wahren Eigenthum

abhängig gemacht, denn jene erfordert im Falle der Tradition auf Grund eines Kaufes die Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises nicht. Da die Zwischenverklagte sich auf das Eigenthum ihrer Schuldnerin an den von ihr gepfändeten Sachen beruft, so kann Kläger nur dann durchdringen, wenn er der exceptio dominii gegenüber zur Zahlung des Kaufpreises sich erbietet oder die bereits geschehene Befriedigung der Verkäuferin und damit den Uebergang des Eigenthums beweist.

Erk. des Obertribunals Berlin (6. Sen.) v. 8. April 1879 i. S. Albertini w. Meyer Ehefrau (hessische Sache). (S.)

---

84. Die nicht zur Masse gezogenen Vermögenstheile hat der Gemeinschuldner selbst, nicht der Concurscurator zu vertreten.

Vgl. Bd. 29 Nr. 196; Bd. 30 Nr. 95 u. Bd. 33 Nr. 351 nebst den dort. Nachw.

Der Cridar hatte der klagenden Firma eine Reihe von Forderungen zur Sicherheit für einen ihm durch Discontirung seiner Wechsel eingeräumten Credit mit der Bestimmung abgetreten, daß sie, sobald er seinen wechselmäßigen Verpflichtungen nicht genüge, das Recht haben solle, sich an diese ihr cedirten Forderungen zu regressiren und daß auch erst alsdann ein wirklicher Forderungsübergang eintreten solle. Nach Eintritt des Concurses forderten die Kläger von dem Concurscurator bezüglich einiger jener Forderungen, welche hypothekarisch eingetragen waren, Ausstellung einer gerichtlichen oder notariellen Cession, da sie nur dadurch den zur Zahlung bereiten Schuldnern löschungsfähige Quittung ertheilen und zur Realisirung ihrer liquidirten, aber im Concurs nicht zur vollen Befriedigung gelangenden Forderungen kommen könnten.

Der Verklagte erwiderte, daß er nicht Universalsuccessor des Cridars sei, sondern nur das zur Concursmasse gezogene Activvermögen vertrete; zu diesem seien die ꝛc. Forderungen nicht gezogen und er habe vor der Klage erklärt, daß die Masse Ansprüche auf dieselben nicht mache. Die Kläger aber halten ihn verpflichtet, nicht eine Wiederholung des vom Cridar rechtsgültig vollzogenen Cessionsactes vorzunehmen, wohl aber eine beglaubigte Erklärung der Anerkennung jenes Actes und Einwilligung zur Umschreibung im Grundbuch auszustellen, die sie bedürften und der Cridar, dem die Vermögensdisposition entzogen sei, nicht abgeben könne.

Das Kreisgericht wies die Klage ab; das AG. dagegen verurtheilte, weil die Verpflichtungen des Cridars an sich auf die Concursmasse übergehen. In dritter Instanz wurde das erste Urtheil wieder hergestellt aus folgenden Gründen:

Durch die Concurseröffnung verliert der Gemeinschuldner die Dispositionsbefugniß über sein Vermögen nur insoweit, als dasselbe zur Concursmasse gezogen wird. Im vorliegenden Fall handelt es sich um Forderungen, welche der Cridar der Klägerin schon vor Ausbruch des Concurses cedirt und welche der verklagte Curator zur Concursmasse nicht gezogen hat. Ist der Cridar verpflichtet, behufs vollständiger und wirksamer Abtretung der fraglichen Forderungen an die Klägerin noch Rechtsacte vorzunehmen, so hat die Klägerin sich an den Cridar selbst zu halten: der Concurscurator ist nicht Vertreter des Cridars, namentlich nicht bezüglich der nicht zur Concursmasse gezogenen Vermögenstheile, er ist Vertreter der Gesammtheit der Gläubiger in Ansehung der Concursmasse und es besteht sein Geschäft in der Herbeischaffung und Verwaltung der Activmasse. Zur Abgabe auch einer notariellen Erklärung, daß die Concursmasse auf die fraglichen Forderungen Ansprüche nicht erhebe, hat der Verklagte sich bereit erklärt, die weitergehenden Forderungen der Kläger erscheinen aber bei Lage der Sache dem Verklagten gegenüber nicht berechtigt.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 18. März 1879 i. S. Lindenbaum Söhne w. Heinemann'schen Concurscurator (hessische Sache). (S.)

---

85. Zur Begründung des Anspruchs des Vindicanten wider den Concurscurator gehört die Zahlung des Kaufpreises an den Cridar.

Vgl. Bd. 11 Nr. 212; Bd. 12 Nr. 8 und oben Nr. 83.

Der Kläger gründete einen Vindicationsanspruch im Concurs über das Vermögen seines Vaters auf einen mit seinem Vater über sämmtliche auf dessen Grundstücken stehende Ernte zu dem Ende abgeschlossenen Kaufvertrag, um sich für einen Anspruch an seinen Vater bezahlt zu machen. Das Gericht 1. Instanz wies die Klage ab, weil die zur Begründung derselben erforderliche Darlegung der Tilgung des Kaufpreises vor Eröffnung des Concurses durch die bloße Behauptung, daß dem Kläger compensable Gegenforderungen entstanden seien, nicht erbracht werde, das AG. aber, weil, wenn auch einer spätern Durchführung der ope exceptionis geltend gemachten Compensation rückwirkende Kraft beizulegen, doch die angeblich aufzurechnenden Gegenansprüche der genügenden Substantiirung entbehrten.

Der Kläger focht diese Entscheidung in 3. Instanz damit an, daß die auf Eigenthumserwerb durch Kauf gestützte Klage durch die Darlegung erfolgter Berichtigung des Kaufpreises nicht bedingt sei, wurde aber aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Wenn nach fr. 8 de Publ. in rem act. 6. 2 für die Publicianische Klage der Kauf auch ohne Zahlung des Kaufpreises einen aus-

reichenden Titel abgiebt, so beruht dies darauf, daß schon der redlich Erwerb Schutz gegen Jeden verleiht, der nicht gleichen Rechtsgrund für sich hat[1]). Zur Aussonderung aus der Concursmasse bedarf aber der Kläger, welcher seinen Erwerb vom Cridar herleitet, den Uebergang des Eigenthums und für diesen ist die Kaufpreiszahlung unbedingte Voraussetzung.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) vom 27. März 1879 i. S. Urbach w. Urbachschen Concurscurator (hessische Sache). (S.)

---

86. Ingrossation einer Hypothek nach Eröffnung des Concurses über den Schuldner auf Grund eines schon vor der Concurseröffnung begründeten Rechtstitels zur Ingrossation.

Vgl. Bd. 34 Nr. 255 u. die dort. Nachw.

Am 30. Mai 1876 verkaufte und tradirte W. sein Haus dem Drechsler St. und verabredete mit demselben, daß ein Restbetrag des Kaufgeldes gegen Hypothek an dem Hause verzinslich stehen bleiben sollte, auch erklärten Beide ihr Einverständniß darüber, daß diese Hypothek gerichtlich eingetragen werden sollte (welche Eintragung das hannoversche Recht zur Entstehung einer jeden Hypothek erfordert). Nachdem später, am 20. October 1877, über das Vermögen des Käufers St. Concurs eröffnet war, ließ W. jene Hypothek, am 30. November 1877, noch gerichtlich eintragen, diese Hypothek ist jedoch demnächst von den betheiligten Gläubigern mit Erfolg angefochten worden.

Gründe des Berufungsurtheils: Das angefochtene Urtheil ist mit Recht davon ausgegangen, daß die erst nach Eröffnung des St.'schen Concurses zu Gunsten des Beklagten geschehene Hypothekeneintragung den übrigen Concursgläubigern gegenüber rechtliche Wirkung nicht äußern kann. Ob diese Eintragung selbst und die in der Eintragung nach § 6 des Hypothekengesetzes vom 14. Decbr. 1864[2]) liegende Begründung der Hypothek, welche der Beklagte auf Grund der in seinem Kaufcontracte vom 30. Mai 1876 ausgesprochenen Bewilligung des Käufers unter andern Umständen allerdings einseitig, ohne Concurrenz des Käufers, hätte erwirken können, als ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zu betrachten sei, kann dahingestellt bleiben; denn für jene Unwirksamkeit der vom Beklagten in Anspruch

---

[1]) Vgl. Schweppe Pand. Bd. 3 § 277 Not. 6; Böcking Pand. Bd. 2, 1 S. 11 Note 45 und fr. 16, 17 de P. A. 6. 2.

[2]) § 6 des hannoverschen Gesetzes vom 14. December 1864 lautet: „Eine Hypoth entsteht nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch."

genommenen Hypothek kommt nicht allein der Umstand in Betracht, daß dem Cridar durch die Concurseröffnung die Dispositionsfähigkeit entzogen ist, sondern vor Allem die in dem ganzen Wesen des Concurses, als einer Art Generalpfändung, begründete Erwägung, daß in Folge der Concurseröffnung das gesammte Activvermögen des Gemeinschuldners in seinem derzeit vorhandenen Bestande nach den gesetzlichen Prioritätsregeln auf Grund eines allgemeinen Locationsurtheils ungemindert und unter Ausschluß jedweder Art von Separatbefriedigung zur Befriedigung der Concursgläubiger zu bringen ist, insoweit nicht etwa ein Theil jenes Vermögens zur Bezahlung von sog. Massenschulden verwendet werden muß. So wenig wie darnach ein einzelner Gläubiger dem Resultate jener allgemeinen richterlichen Location dadurch vorgreifen kann, daß er nach erkanntem Concurse durch einseitige Handlungen, sollten dieselben auch vor der Concurseröffnung von dem nunmehrigen Cridar vertragsmäßig im Voraus genehmigt sein, seiner Forderung sofortige, wirkliche Befriedigung aus Theilen der Concursmasse zu verschaffen sucht, eben so wenig vermag er durch derartige Handlungen auf die Rangordnung der Befriedigung, über welche lediglich der zur Zeit der Concurseröffnung vorliegende Sachverhalt Maß zu geben hat, zu seinen Gunsten einseitig zu influiren. Wenn der Verkäufer, wie es oft geschieht, dem Käufer zum Zwecke der Eigenthumstradition contractlich die Befugniß einräumt, das Kaufobject ohne Weiteres einseitig in Besitz zu nehmen, dann aber, noch ehe der Käufer demgemäß wirklich Besitz ergriffen und dadurch das Eigenthum erlangt hat, in Concurs geräth, so ist der Käufer zweifellos nicht mehr berechtigt, auf Grund jener ihm obligatorisch ertheilten Ermächtigung nunmehr noch das Kaufobject, dessen Eigenthum dem Cridar verblieben und somit Theil der Concursmasse geworden ist, einseitig sich anzueignen, obwohl es einer Mitwirkung des Cridars zu der von demselben schon im Voraus, im Zustande der Dispositionsfähigkeit, bewilligten Besitzergreifung nicht bedürfen würde. Rechtlich genommen liegt aber die gleiche Frage auch gegenwärtig vor, wo das dem Cridar verkaufte und tradirte Haus unbelastet von Hypotheken zur Concursmasse gekommen ist, demnach eine noch nach der Concurseröffnung zu effectuirende hypothekarische Belastung ausgeschlossen bleiben muß und durch die vor dem Concurse geschehene obligatorische Einräumung des Titels zur Hypothek nicht gerechtfertigt werden kann; zwischen den verschiedenen Arten von dinglichen Rechten, welche Jemand in solcher Weise an Gegenständen der Concursmasse zu erlangen sucht, läßt sich hierin nicht unterscheiden. Andernfalls würde auch Jeder, der einen gesetzlichen Rechtstitel zur Eintragung einer Hypothek hat (§ 14 des Gesetzes), diese Eintragung noch nach dem Ausbruche des Concurses über den Schuldner begehren oder eine erst nach diesem Zeitpuncte etwa noch erwirkte Eintragung behufs seiner Location geltend machen können,

Selbst derjenige, dem der Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung zur Herausgabe einer Sache schon rechtskräftig verurtheilt ist, hat nach der Concurseröffnung, zufolge der damit eingetretenen gesetzlichen Sistirung aller Executionen (§ 613 der hannoverschen bürgerlichen Proceß-Ordnung), nicht mehr das Recht, dem Gemeinschuldner zwangsweise die Sache abnehmen oder sich in den Besitz derselben einweisen zu lassen, während doch bei einer solchen Zwangsvollstreckungshandlung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, eine Concurrenz des Cridars, nicht in Frage kommt. . . .

Die in der Concurseröffnung zu befindende generelle Beschlagnahme des Vermögens des Cridars ist auch in den Regierungsmotiven zum § 6 des Hypothekengesetzes als der Grund hervorgehoben, aus welchem, wie dort bestimmt und ausdrücklich erklärt wird, eine noch nach der Concurseröffnung geschehene Hypothekeneintragung, welche ein Gläubiger auf Grund eines bereits vor der Concurseröffnung erworbenen Rechtstitels erwirken sollte, ungültig sein würde, und es ist nach allem Obigen keine correctorische Bestimmung, sondern lediglich eine Anerkennung desjenigen, was die Grundsätze des gemeinen Concursrechts mit sich bringen, wenn die allerdings nicht direkt hier entscheidende Reichsconcursordnung vom 10. Februar 1877 § 12 besagt: Pfand- und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte, sowie Zurückbehaltungsrechte an Gegenständen der Concursmasse können nach der Eröffnung des Concursverfahrens nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Concursgläubiger erworben oder eingetragen werden, wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist.

Der Einwand des Beklagten, daß nach vorstehender Ansicht sein Rechtstitel zur Hypothekeneintragung durch die Concurseröffnung vernichtet sein würde, ist schon von den vorigen Richtern zutreffend beurtheilt. Sollte etwa der Concurs durch Arrangement beendigt oder das Concurseröffnungserkenntniß auf Berufung des Gemeinschuldners wieder aufgehoben werden, so würde dem betreffenden Gläubiger nichts im Wege stehen, nunmehr seinen früheren Rechtstitel zur Eintragung behufs Erwirkung der Eintragung geltend zu machen; für die Dauer des Concurses ist solche Geltendmachung aus den angeführten Gründen ausgeschlossen und wenn sie dessenungeachtet, wie im vorliegenden Falle, thatsächlich die Eintragung noch zur Folge gehabt hat, darauf bei der Bestimmung der Priorität keine Rücksicht zu nehmen.

Urtheil des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 18. Octbr. 1878 i. S. der Ehefrau Strohrmann geb. Rodecourt, in Hameln und Genossen, Prioritätskläger, w. den früheren Drechslermeister Walter daselbst, Prioritätsbeklagten, wegen Priorität. (W.)

I. Civilrecht.

87. Statutencollision; Klagverjährung.

Vgl. Bd. 33 Nr. 95 u. d. dort. Nachw., sowie die folgende Nr.

Das Recht aus dem in Warschau von dortigen Einwohnern ausgestellten, auch dort zahlbaren Wechsel ist nach dem dort geltenden Recht zu beurtheilen und zwar auch in Betreff der Verjährung, welche nicht als ein Proceßinstitut, sondern als ein Institut des materiellen Rechts zu erachten ist.

Erk. des Reichsgerichts zu Leipzig (5. Sen.) v. 17. Januar 1880 in der preuß. (landrechtlichen) Sache Methlow'sche Eheleute w. Bisier. (Wck.)

---

88. Räumliche Grenzen der Wirksamkeit der Gesetze; Klagverjährung*. Erfüllungsort**.

*Vgl. die vorige Nr. — **Vgl. Bd. 30 Nr. 169 u. d. dort. Nachw.; Bd. 31 Nr. 195; Bd. 34 Nr. 263 (auch Bd. 32 Nr. 335).

Durch die Verjährung der Klage wird der betr. Anspruch in seinem Inhalte afficirt, da in Folge der Verjährung — je nachdem man dieser eine mehr oder minder weitgehende Wirkung beilegt — der Anspruch entweder erlischt oder bis zu einer naturalis obligatio abgeschwächt wird. Diesemnach ist die Klagverjährung ein Institut nicht des Proceßrechts, sondern des materiellen Rechts, und daraus folgt, daß die Frage, ob eine persönliche Klage verjährt sei, nach dem an dem Sitze der betr. Obligation oder — was dasselbe ist — an dem Erfüllungsorte geltenden Rechte beurtheilt werden muß. Im vorliegenden Falle war die Klägerin nun allerdings verpflichtet, die der Beklagten zu liefernden Coaks „franco Peine" zu liefern. Nach Art. 345 Abs. 2 des HGB. indessen „folgt daraus, daß der Verkäufer die Zahlung von Kosten oder Auslagen der Versendung übernommen hat, für sich allein noch nicht, daß der Ort, wohin der Transport geschieht, für den Verkäufer als der Ort der Erfüllung gilt". Ein

anderer Umstand aber, welcher zu dem Schlusse berechtigte, daß nach der Absicht der Contrahenten Peine oder sonst ein Ort außer Herne als Ort der Erfüllung anzusehen sei, liegt überall nicht vor; der Umstand, daß die Fracht bis Peine von der Klägerin nur ausgelegt werden sollte, spricht sogar gegen die Annahme einer solchen Absicht. Nach der Regelbestimmung im Art. 342 des HGB. ist daher anzunehmen, daß die „Uebergabe" der Coaks seitens der Klägerin an die Beklagte an dem Orte, wo die Klägerin zur Zeit des Vertragsabschlusses ihre Handelsniederlassung hatte, d. i. zu Herne, geschehen mußte, daß Herne also für die Klägerin als Verkäuferin der Erfüllungsort war. Nach Art. 342 Abs. 3 des HGB. ist nun aber — abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmen — der Kaufpreis bei der Uebergabe der Waare zu entrichten, der Erfüllungsort für den Verkäufer also zugleich auch der Erfüllungsort für den Käufer; folglich hatte im vorliegenden Falle auch die Beklagte als Käuferin den Contract in Herne zu erfüllen. Diesemnach ist die beklagtische Einrede der Verjährung nach dem in Herne geltenden preuß. allg. Landrecht zu beurtheilen und eben deshalb, weil zur Vollendung der Verjährung der Ablauf von 30 Jahren erforderlich war, als unbegründet zu verwerfen, indem die Vorschrift im § 1 des preußischen Gesetzes wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen vom 31. März 1838, wonach die Forderungen der Kaufleute für Waaren in zwei Jahren verjähren, im vorliegenden Falle um deswillen nicht anwendbar ist, weil nach Inhalt der stattgehabten Verhandlungen . . . angenommen werden muß, daß die hier fragliche Forderung in Bezug auf den beklagtischen Gewerbebetrieb zu Ilsede entstanden war.

Urtheil des AG. zu Celle (3. Sen.) v. 8. März 1879 i. S. der Belgischen Actiengesellschaft der Steinkohlengruben von Herne-Bochum zu Herne w. die Actiengesellschaft Ilseder Hütte zu Gr. Ilsede wegen Forderung. (W.)

---

89. Klage auf Anerkennung einer Cession von Seiten des einen Forderungsprätendenten gegen den andern*. — Collision örtlicher Rechte in Betreff der formalen Gültigkeit eines zwischen Abwesenden geschlossenen (Schenkungs)-Vertrags**.

*Vgl. Bd 31 Nr. 304 u. d. dort. Nachw. Auch Bd. 33 Nr. 99 u. d. dort. Nachw.; Bd. 34 Nr. 2. — **Vgl. Bd. 19 Nr. 5; Bd. 24 Nr. 185 u. d. dort. Nachw.

Der im Concurse der Wittwe Elbe zu Magdeburg bestellte Curator hatte aus zwei zu Gunsten der Cridarin, als Gläubigerin, lautenden hypothekarischen Schuldobligationen vor dem Obergerichte zu Hannover den daselbst wohnhaften Schuldner K. auf Zahlung der Kapitalpöste nebst rückständigen Zinsen belangt. Zu diesem Processe beantragte die Wittwe B zu Hannover, als Hauptintervenientin, den klagenden Concurscurator zu de

Anerkennung zu verurtheilen, daß sie, die Intervenientin, Gläubigerin des K. bezüglich der beiden Obligationen sei. Sie behauptete nämlich, ihr seien von der früheren Gläubigerin Wittwe Elbe im Juni 1865, lange vor der Eröffnung des Concurses, die beiden fraglichen Forderungen schenkungsweise cedirt, indem die Wittwe Elbe über solche Schenkung in Magdeburg unterm 6. Juni 1865 eine Privaturkunde errichtet und diese Urkunde von dort mittels Schreibens von dem nämlichen Tage dem Buchhändler Krüger in Hannover übersandt, welcher Letztere Namens der Intervenientin und mit deren nachträglicher, vor dem Ausbruche des Elbe'schen Concurses erklärter Genehmigung die Schenkung acceptirt, seitdem auch Namens der Intervenientin die Zinsen auf beide Kapitalpöste gehoben habe. — Der Elbe'sche Concurscurator stellte alle diese Behauptungen in Abrede und bestritt die angebliche Schenkung als ungültig, weil sie weder den Formvorschriften des preuß. allg. Landrechts, noch denen des gemeinen Rechts entsprechen würde. Das Berufungsgericht entschied wie folgt:

. . . Die gegenwärtig sowohl in der Theorie als in der Praxis wenn nicht allgemein recipirte, so doch überwiegend vertretene Ansicht, daß in einem Falle vorliegender Art eine Präjudicialklage behufs Feststellung der Frage, welcher von den mehreren Prätendenten als der berechtigte Inhaber der streitigen Forderung anzusehen sei, zugelassen werden müsse, verdient mit Rücksicht auf das offenbare Interesse, welches an der vorläufigen Entscheidung dieser Frage nicht nur auf Seiten der Prätendenten selbst, sondern namentlich auch auf Seiten des debitor cessus vorhanden ist, Zustimmung und Befolgung.

Bähr, Jahrbücher f. Dogmatik I. S. 484 ff.; Windscheid, Pandekten § 334 a. E.; Seuffert Archiv Bd. 21 Nr. 270, Bd. 22 Nr. 3.

Sollte daher auch nach den Voraussetzungen der Hauptintervention derthalt die Klage nicht statthaft erscheinen, so ist dieselbe doch als Präjudicialklage auf Anerkennung eines streitigen Rechtsverhältnisses aufrecht zu erhalten.[1]) Dabei ist auf die etwa unrichtig gewählte Bezeichnung derselben nach allgemein anerkannten Grundsätzen kein Gewicht zu legen. . . .

Zunächst muß die Frage geprüft werden, ob hinsichtlich der Gültigkeit der vorliegenden Schenkung die bezüglichen Bestimmungen des gemeinen Rechts oder diejenigen des preuß. Landrechts die Entscheidung abzugeben haben. Das Obergericht hat sich für die Anwendung des gemeinen Rechts entschieden, von der Erwägung ausgehend, daß aus der besonderen Natur des Schenkungsvertrags zwingende Gründe gegen die Anwendbarkeit des das Obligationenrecht allgemein beherrschenden Satzes „locus regit actum" auf die Schenkung nicht hergeleitet werden können. Da nun im vorliegenden Falle die Wittwe Elbe diejenigen Schriftstücke, in welchen sie ihren Schen-

[1]) Vgl. Deutsche Civilproceßordnung § 61, 72, 231.

kungswillen kund gegeben, nach Hannover an den Buchhändler Krüger, als Vertreter der Intervenientin, übersandt, da dieser in Hannover die Annahmeerklärung abgegeben und da nach richtiger Ansicht Verträge unter Abwesenden perfect würden, sobald die Annahmeerklärung zum Zwecke der Uebersendung abgegeben worden, so sei die Schenkung zu Stande gekommen mit der Absendung der Annahmeerklärung seitens des Buchhändlers Krüger und sei deshalb für die Form des Schenkungsvertrags das hiesige Recht maßgebend.

Nach einem anerkannten Gewohnheitsrechte hat nun zwar in Beziehung auf die Form der Verträge die Regel locus regit actum eine wenn auch nicht ausnahmslose Gültigkeit in dem Falle, wenn die Verträge unter Anwesenden abgeschlossen werden. Diese Regel entscheidet indessen nicht über die Frage, nach welchem Rechte die Form eines unter Abwesenden brieflich geschlossenen Vertrags zu beurtheilen sei. Für einen solchen Fall stellt v. Bar Internationales Privatrecht S. 128, 256, 263 f. den Satz auf, daß der Vertrag nur dann gültig sei, wenn er den am Wohnorte beider Contrahenten geltenden Gesetzen conform sei; es fehle an irgend einem Grunde, für den Offerenten oder den Acceptanten ausschließlich das an seinem Wohnorte geltende Recht in Anspruch zu nehmen. Dieser Ansicht v. Bar's ist zuzustimmen, soweit es sich um Verträge handelt, welche gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten der Contrahenten erzeugen sollen. Bei solchen Verträgen, welche nur den einen der contrahirenden Theile verpflichten, wird man dagegen der Regel nach das Gesetz als maßgebend anzusehen haben, welches am Wohnorte des sich Verpflichtenden gilt. Schreibt dieses bestimmte Formen vor, so würde beim Mangel derselben schon die Absicht des Letzteren, ein bindendes Rechtsgeschäft einzugehen, zweifelhaft bleiben, abgesehen sogar von der Frage, ob selbst bei dem Nachweise einer solchen Absicht der Formmangel nicht dennoch die Entstehung einer rechtlichen Verpflichtung ausschließen würde. Existiren dagegen am Wohnorte des Verpflichteten keine beschränkenden Formvorschriften, so ist nicht abzusehen, weshalb der Gültigkeit des Geschäfts der Umstand im Wege stehen sollte, daß erschwerende Formen, welche bloß am Wohnorte des Berechtigten gelten, nicht beobachtet worden sind. Was den Willen der Contrahenten anlangt, so ist nicht anzunehmen, daß der Eine sich nur unter Beobachtung der Formen des ihm fremden Gesetzes habe verpflichten, noch weniger aber, daß der Andere nur unter solchen Voraussetzungen habe berechtigt werden wollen. Es kann sodann aber auch als Absicht eines solchen Gesetzes nicht angenommen werden, für die Willenserklärungen, welche außerhalb seines Geltungsbereichs und vor Fremden abgegeben werden, Anwendung zu finden.

Was hier in Bezug auf einseitig verpflichtende Verträge im Allgemeinen ausgeführt worden ist, muß namentlich auch von Schenkungsverträgen gelten und daher die Form einer unter Abwesenden brieflich geschlossenen Schenkung

nach dem Rechte, welches am Wohnorte des Schenkers gilt, beurtheilt werden. Im vorliegenden Falle entscheidet folglich das am Wohnorte der Schenkerin Wittwe Elbe, d. i. Magdeburg, geltende preußische allgemeine Landrecht.

Urtheil des Oberlandesgerichts zu Celle (2. Sen.) v. 7. Novbr. 1879 i. S. Wittwe Buchheister geb. Droste in Hannover, Intervenientin, w. G. Baron in Magdeburg, als Curator im Concurse der weil. Wittwe Elbe geb. Droste daselbst, Interventen, wegen Anerkennung eines Rechtsverhältnisses. (W.)

---

90. Statutencollision. Ist das Recht auf Erwerbung einer deferirten Erbschaft nach dem am Wohnsitz bzw. dem Concursgerichtsstande des Delaten geltenden Rechte oder nach dem Rechte am Ort der eröffneten Erbschaft zu beurtheilen?

Vgl. Bd. 33 Nr. 88 u. d. dort. Nachw.

Nach bayerischem Rechte (Prozeßordnung Art. 1208 Abs. 3) ist die Gläubigerschaft, abweichend von dem gemeinen und württembergischen Rechte, befugt, Erbschaften, welche dem Gemeinschuldner anfallen, anzutreten[1]). Den E.'schen Eheleuten, welche in Bayern in Gant gerathen waren, war während des Gantes in ihrer württembergischen Heimath eine Erbschaft angefallen. Sie wurde von ihnen ausgeschlagen und darauf von ihren Kindern angetreten. Die Klage der Gläubigerschaft gegen diese Kinder auf Herausgabe der an diese von der württembergischen Theilungsbehörde ausgefolgten Erbschaft wurde von dem Oberlandesgerichte abgewiesen.

„Nach dem am Orte, wo die Erbschaft eröffnet worden ist, geltenden Rechte, und nicht nach dem Rechte am Wohnort des Erben richtet sich die Berufung zur Erbschaft, die Erwerbung der Erbschaft und die Natur des Rechts, welches dem zur Erbschaft Berufenen aus der Delation erwächst (v. Bar das internationale Privatrecht § 113). Allerdings können auch nach württembergischem Rechte für handlungsunfähige Erben deren gesetzliche Vertreter die jenen angefallene Erbschaft gültig erwerben, und die Handlungsfähigkeit oder Unfähigkeit des Erben richtet sich nach den Gesetzen seines Wohnorts. Allein der Cridar bleibt auch nach bayerischem Rechte während des Concurses handlungsfähig (Proceßordnung Art. 1210, 1221; Wernz Commentar S. 867, 875), und wenn die bayerische Proceßordnung gleichwohl bestimmt, daß dem Gantschuldner angefallene Erbschaften von der Gläubigerschaft für die Masse angenommen werden können, so geschieht dies nicht darum, weil sie den Cridar für handlungsunfähig und daher zum

[1]) Die Reichsconcursordnung hat die Frage nicht entschieden, weil dieselbe wegen der erheblichen Verschiedenheit der geltenden Erbschaftssysteme einer einheitlichen Regelung für das Gebiet der Concursordnung nicht fähig sei (Motive zu § 1).

Erbschaftserwerb persönlich untüchtig erklärt, sondern deshalb, weil sie auch die dem Cridar nur angefallene Erbschaft zum Vermögen desselben zählt und folgeweise zur Gantmasse rechnet. Dieser Bestimmung der bayerischen Proceßordnung kommt in außerbayerischen Gebieten, in welchen die entgegengesetzte Rechtsanschauung gilt, Wirksamkeit nicht zu, da das durch den Erbschaftsanfall für den Cridar begründete Rechtsverhältniß zur Erbschaft, insbesondere die Frage, ob die bloße Delation für den Berufenen ein Vermögensrecht begründe, sich nach den Gesetzen des Orts, wo die Erbschaft eröffnet wird, richtet, und in gleicher Weise sogar für die Frage: welche unzweifelhaft dem Cridar bereits erworbenen Vermögenstheile dem Zugriff der Gläubiger in der Zwangsvollstreckungsinstanz oder im Concurse unterliegen oder umgekehrt davon befreit sind, das am Wohnort des Cridars geltende Recht bezüglich des in andern Territorien gelegenen Vermögens nicht maßgebend ist (v. Bar § 147; Nürnberger Entwurf §§ 29, 30; Rechtshülfegesetz § 7; Endemann Rechtshülfegesetz S. 44 Ziff. 3 lit. b).

Auch das Rechtshülfegesetz vom 21. Juni 1869 steht dem Anspruch der Klage nicht zur Seite. Der § 13 Satz 1 besagt nicht, daß der Umfang der Concursmasse ausschließlich durch das am Sitze des Concursgerichts geltende Recht bestimmt werde, daß insbesondere die unter der Herrschaft einer andern Gesetzgebung stehenden Rechtsverhältnisse des Cridars im Falle der Concurseröffnung so anzusehen seien, als wären sie der Gesetzgebung am Sitze des Concursgerichts unterworfen. Wie unrichtig diese Auffassung wäre, erhellt schon aus § 7 des Gesetzes, welcher auch auf Concursfälle Anwendung leidet und zur Folge hat, daß Vermögen, welches am auswärtigen Vollstreckungsorte der Execution nicht unterliegt, auch dann nicht zur Concursmasse gezogen werden kann, wenn dasselbe nach dem Rechte des Concursgerichts dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt wäre.

Motive zu § 13 Abs. 4 Satz 1 des Rechtshülfegesetzes; Verhandlungen des norddeutschen Reichstags v. 1869 II. Prot.-Bd. S. 866, 867; Endemann Rechtshülfegesetz S. 44 Nr. 3 lit. b.

Der § 13 Satz 1 läßt vielmehr die Frage, welches Vermögen zur Concursmasse gehöre, unentschieden (Endemann a. a. O. S. 65 Z. 2) und will nach den Motiven zu § 15 nur zur Verhütung von Separatconcursen den Grundsatz feststellen, „daß der in einem Bundesstaat eröffnete Concurs im gesammten Bundesgebiet so angesehen werden soll, als wenn er im Inland eröffnet wäre", wogegen (Motive zu § 13 Abs. 4 Satz 2) „die bei Gelegenheit des Concurses zu entscheidenden Fragen des materiellen Rechts nach denjenigen Bestimmungen der Landesgesetze zu beantworten sein werden, welche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für die Beurtheilung des concreten Falles maßgebend sind". Es ist eine Frage des materiellen Rechts ob die dem Gemeinschuldner erst angefallene Erbschaft ein Vermögensrech des Gemeinschuldners und der Erwerbung durch seine Gläubiger wide

nen Willen fähig ist, und es steht nicht zu bezweifeln, daß, wenn auch r in Bayern gegen die Eltern der Beklagten eröffnete Concurs in Württemberg so anzusehen ist, als wäre er in Württemberg eröffnet, die en Gemeinschuldnern in Württemberg angefallene Erbschaft daselbst nicht ur Concursmasse gezogen werden kann. Hat aber der § 13 Satz 1 nicht iejenige weitere Bedeutung, bei welcher allein die Anwendung des Art. 1208 Abs. 3 der bayerischen Proceßordnung auf den vorliegenden Fall anzuerkennen wäre, so kommt die entsprechende weitere Bedeutung auch dem § 13 Satz 2 nicht zu, welcher nach seiner Fassung den Satz 1 nicht zu erweitern, sondern nur zu erläutern bestimmt ist. Vielmehr läßt sich aus der Anführung der „Beschränkungen, welche die Verfügungs- und Verwaltungsrechte des Gemeinschuldners erleiden" nur so viel ableiten, daß die nach dem Rechte des Concursgerichts in Folge der Eröffnung des Concurses eintretende Dispositionsbeschränkung des Gemeinschuldners bezüglich der Concursmasse im ganzen Bundesgebiete wirksam ist (Verhandl. des norddeutschen Reichstags 1869 II. Prot.-Bd. S. 870, 871), und können insbesondere die Schlußworte des § 13 nicht mehr bedeuten, als daß bei in einem Bundesstaate eröffnetem Concurse die Rechte des Gemeinschuldners in gleicher Weise, wie dies bei einem im Inland eröffneten Concurse der Fall sein würde, auf die Gläubigerschaft übergehen. Da aber das Recht zur Erwerbung einer dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft in Württemberg im Falle eines dort eröffneten Concurses auf die Gläubiger nicht übergeht, so kann dasselbe bezüglich einer in Württemberg eröffneten Erbschaft auch dann nicht übergehen, wenn der Concurs in Bayern eröffnet worden war.

Vielmehr kommt umgekehrt das Rechtshülfegesetz den Beklagten zu Statten. Denn da die Beklagten, weil sie die ihnen in Folge der Ausschlagung von Seiten ihrer Eltern deferirte Erbschaft nach württembergischem Recht gültig erworben haben, im Falle eines gegen ihre Eltern in Württemberg eröffneten Concurses berechtigt gewesen wären, die etwa in der Concursmasse befindlichen zur Erbschaft gehörigen Vermögenstheile mit dem Aussonderungsrechte aus dem Grunde des Eigenthums in Anspruch zu nehmen, so würden sie nach § 15 Nr. 1, § 16 des Rechtshülfegesetzes diesen Vindicationsanspruch auch dann vor den württembergischen Gerichten und nach württembergischem Rechte geltend machen können, wenn die Ablieferung von zu jener Erbschaft gehörigem Vermögen an das bayerische Concursgericht auf Grund des § 14 des Rechtshülfegesetzes in Frage stünde. Könnten die Beklagten aber, wofern sie nicht im Besitz der Erbschaft wären, dieselbe mit das Ablieferungsbegehren auf Grund des § 13 ausschließendem — Erfolg vindiciren, so müssen sie auch den gegen sie als Erbschaftsbesitzer auf denselben fund erhobenen Anspruch der Concursgläubiger zurückzuweisen befugt sein." Erk. des OLG. zu Stuttgart (in höchster Instanz) v. 29. Novbr. 1879 i. S. G. w. R. u. Gen. (P.)

91. Versagte Restitution gegen einen Vergleich wegen fehlender Verletzung.

Vgl. Bd. 7 Nr. 61; Bd. 23 Nr. 9 u. d. dort. Nachw.; Bd. 30 Nr. 112 u. d. dort. Nachw., Nr. 224. Auch Bd. 32 Nr. 152.

Von dem Kläger wurde ein von seinem Vater an den Beklagten mit landesherrlichem Dispense veräußerter Hof deshalb vindicirt, weil der Hof von der Mutter des Klägers herrühre, der Vater des Klägers aber nur aufgeheiratheter Wirth und somit zur Veräußerung des mütterlichen Hofes nicht befugt gewesen sei. — Seitens des Beklagten wurde u. A. geltend gemacht, daß derzeit ein für den Kläger ernannter Specialcurator seine Einwilligung zu der Veräußerung der Stelle gegeben habe. Der klägerische Vater habe dafür dem betreffenden Specialcurator als Vertreter des Klägers eine Reihe von Vortheilen bewilligt, insbesondere ihm einen Theil des Kaufpreises überlassen. — Kläger bat, ihn gegen diese Handlungen und Bewilligungen seines Specialcurators in integrum zu restituiren. Das AG. entschied:

Kläger bedarf, um mit seiner Klage durchzudringen, der Restitution wider die Anerkennung des Verkaufs, vor Allem wider den Vergleich des Specialcurators mit seinem Vater. Da es nun aber sehr zweifelhaft gehalten werden muß, ob nicht nach den noch ums Jahr 1861 herrschenden Rechtsanschauungen der Vater des Klägers auf Grund seiner Ehestiftung zur Veräußerung des Hofes von den Gerichten für berechtigt erkannt wäre, so kann eine Verletzung des Klägers darin nicht gefunden werden, wenn sein Specialcurator gegen Cession eines erheblichen Theiles der Kaufgelder und sonstige Vortheile für den Kläger den Widerspruch wider die Veräußerung des Hofes durch den mit dem Vater geschlossenen Vergleich aufgab, und ist daher dem Restitutionsgesuche des Klägers nicht stattzugeben.

Erk. des AG. zu Celle (2. Sen.) v. 18. Octbr. 1877. Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 10 S. 296, 297. (X.)

---

92. Kann gegen Versäumung einer im Versicherungsvertrag vereinbarten Frist* Restitution ertheilt werden?

*Vgl. Bd. 26 Nr. 72; Bd. 27 Nr. 18; Bd. 28 Nr. 161; Bd. 29 Nr. 272.

Wenn Kläger gegen „den Ablauf der sechsmonatlichen Klagefrist“ um Restitution nachsucht, so wird dieser Bitte die Auffassung zu Grunde liegen, daß die betreffende Bestimmung im Versicherungsvertrage eine vertragsmäßige Abkürzung der gesetzlichen Frist für die Klagverjährung sei. Diese Auffassung ist indeß eine rechtsirrthümliche, da in jener Bestimmung vielmehr eine vertragsmäßige Beschränkung des Rechts selbst in zeitlicher Hinsicht gefunden werden muß, wie das ROHG. bei Interpretation derartiger, fast

bei allen Versicherungsgesellschaften sich findender Vertragsclauseln constant angenommen hat. Eine Restitution gegen die Folgen der Nichterfüllung vertragsmäßiger Feststellungen gewährt aber das Recht überall nicht; es könnte vielmehr unter den gesetzlichen Voraussetzungen in Vertragsverhältnissen allein eine Restitution gegen den Vertrag selbst in Frage kommen. Die vorgetragenen Restitutionsgründe können daher nur als Exculpationsgründe gegen die Versäumung der stipulirten Frist gewürdigt werden. . . .

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 24. April 1879 in der mecklenb. Sache Lembke w. Adler. Entsch. des ROHG. Bd. 25 Nr. 13.

---

93. Vermächtniß an eine gemeinnützige Privatanstalt*; Staatsgenehmigung als Erforderniß juristischer Persönlichkeit**.

*Vgl. Bd. 29 Nr. 149 u. d. dort. Nachw. — **Bd. 33 Nr. 1 u. d. dort. Nachw.

In einem Testamente waren 600 fl. vermacht „dem homöopathischen Krankenhause in M., dessen Vorstand derzeit Dr. B. ist". Dies Vermächtniß wurde oberstrichterlich für rechtsunwirksam erachtet. In den Entscheidungsgründen heißt es:

Eine pia causa, als das zu einem frommen, wohlthätigen Zwecke bestimmte Vermögen (pium corpus), sei nur dann ein rechtsfähiges Subject, wenn dieses Vermögen mit Fiction selbständiger juristischer Persönlichkeit bekleidet sei.

Eine Anstalt zu wohlthätigen oder überhaupt gemeinnützigen Zwecken müsse allerdings nicht eine juristische Person sein, sondern könne von jedem Rechtssubject als Privatgeschäft errichtet werden. In diesem Falle sei aber die Anstalt kein Rechtssubject, es handle und erwerbe die die Anstalt betreibende Person in den die Anstalt betreffenden Geschäften nicht als Repräsentant eines andern Rechtssubjects für dieses, sondern für sich selbst.

Weil die Anerkennung durch die Rechtsordnung Voraussetzung der Rechtsfähigkeit eines jeden Subjectes sei, werde zur Entstehung einer juristischen Person erfordert, daß entweder nach einer allgemeinen Rechtsregel gewissen Personenvereinigungen, Anstalten oder Vermögensinbegriffen Rechtsfähigkeit zukomme, oder daß dieselbe durch specielle Anerkennung von Seiten der Staatsgewalt verliehen werde. Eine allgemeine Rechtsregel aber, daß alle durch Privatverfügungen entstandenen Anstalten dann, wenn sie fromme, wohlthätige oder gemeinnützige Zwecke verfolgten, juristische Personen seien, bestehe in Bayern nicht. . . .

Allerdings sei zur Entstehung der juristischen Persönlichkeit nicht erforderlich, daß die Rechtsfähigkeit einer gemeinnützigen Anstalt vom Landesherrn ausdrücklich verliehen werde, es genüge, daß die Statuten,

nach welchen eine solche Anstalt als selbständiges Rechtssubject bestehen solle, landesherrlich genehmigt würden. Allein dadurch, daß das homöopathische Spital des Dr. B. nach seinen von der Kreisregierung genehmigten Statuten durch freiwillige Beiträge erhalten werde, . . . daß dasselbe von den Behörden überwacht werde und daß selbst der König demselben Geschenke zukommen lasse, sei die juristische Persönlichkeit dieser Anstalt noch nicht rechtlich begründet. Nur dann, wenn in den Statuten die Intention ausgesprochen wäre, daß das Vermögen des Spitals ein selbständiges Rechtssubject bilden solle, würde das Spital durch landesherrliche Genehmigung dieser Statuten zu einer juristischen Person erhoben worden sein.

Erk. des obersten Gerichtshofes für Bayern v. 6. Mai 1879. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 44 S. 230 ff. (X.)

---

94. Ist die Klage eines ausgeschiedenen Genossenschafters auf Herausgabe seines Geschäftsantheils nach § 39 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868 nach beschlossener Liquidation zur Zeit abzuweisen?

Vgl. Bd. 31 Nr. 308.

Die obige Frage wurde von dem AG. bejahend entschieden: erst nach Beendigung der „Liquidation" könne eventuell die weitere Verfolgung des Klaganspruchs stattfinden. Auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde dieses Erkenntniß aufgehoben. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe lauten:

Da der Liquidationsbeschluß erst nach Ablauf der im Abs. 2 des § 39 des Reichsgenossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 festgesetzten dreimonatigen Frist gefaßt worden, so hat der Appell.-Richter mit seinem Entscheidungsgrunde ausgesprochen, daß die Genossenschaft des Schutzrechts aus Abs. 3 des § 39 gegen die Verpflichtung: den buchmäßigen Geschäftsantheil eines ausgetretenen, ausgeschlossenen oder gestorbenen Genossenschafters binnen drei Monaten nach dem Ausscheiden auszuzahlen, durch den Ablauf dieser Frist nicht verlustig werde. Anscheinend hat Appell.-Richter hierbei die Gesetzesauslegung von Parisius, in den Kommentaren zum preußischen Genossenschaftsgesetze S. 113 Note 116 und zu dem Reichsgenossenschaftsgesetze S. 359 Note 4, adoptirt, welcher gemäß die durch Ablauf der dreimonatigen Frist bereits eingetretene Zahlungsverpflichtung aus § 39 Abs. 2, „sobald die Genossenschaft ihre Auflösung beschließt, wieder suspendirt wird und daher die auf Erfüllung jener Zahlungsverpflichtung gerichtete Klage, sogar noch der auf judicatmäßige Feststellung dieser Verpflichtung gegründete Executionsantrag von der in Liquidation getretenen Genossenschaft durch einen Einwand beseitigt werden kann". — Im diesseitigen Erkenntnisse vom 2. Mai 1876 (Entscheidungen Bd. 20

Nr. 76 S. 294)[1]) ist die Ansicht: „daß nur ein bis zum Zeitpunkte des Ausscheidens eines einzelnen Genossenschafters gefaßter Auflösungsbeschluß gegen die Verpflichtung zur Auszahlung des buchmäßigen Geschäftsantheiles schützen solle" verworfen, aber zur Abwendung von Folgerungen hieraus bezüglich der Wirksamkeit eines nach der Fälligkeit jener Zahlungsverpflichtung gefaßten Auflösungsbeschlusses eine Bemerkung hinzugesetzt, welche im Wesentlichen besagt, daß hierüber keine Entscheidung habe getroffen werden sollen. Demgemäß wird durch das Urtheil vom 2. Mai 1876 der Beurtheilung des Angriffs der gegenwärtigen Nichtigkeitsbeschwerde nicht präjudicirt. Derselbe muß für begründet erklärt werden. Ob er nicht schon in dem Wortlaute des § 39 eine Stütze finde, indem von einem Schutze gegen die Verpflichtung zur Auszahlung des buchmäßigen Geschäftsantheils binnen drei Monaten nach Ablauf dieses Zeitraums nicht füglich mehr die Rede sein könne, mag dahingestellt bleiben; keinenfalls steht der Wortlaut des Gesetzes der Interpretation des Appell.-Richters zur Seite, und was die erkennbare Absicht des Gesetzgebers anbelangt, so scheint mit derselben die fragliche Interpretation unvereinbar.

Es ist davon auszugehen, daß, wenngleich das Reichsgenossenschaftsgesetz im § 38 Abs. 2 nur für den Fall des Austritts eines Genossenschafters, wenn keine entgegenstehende Vereinbarung getroffen ist, über den Zeitpunkt der Zulässigkeit eine Bestimmung enthält und zwar dahin lautend, daß der Austritt bloß mit dem Schlusse des Geschäftsjahres statthaft sei, so doch auch für den Fall der Ausschließung oder des Ablebens eines Genossenschafters der Schluß des Geschäftsjahres (oder der etwaigen kürzeren Geschäftsperiode) als der Termin des Ausscheidens im Sinne von § 39 Abs. 1 und 2 behandelt werden muß. Hierfür spricht nicht nur die Fassung der letztgedachten Gesetzesbestimmungen, sondern auch die Erwägung, daß anderufalls eine unberechtigte Rechtsungleichheit hervortreten würde, sowie daß die zur Ausmittelung, auf wie hoch der Geschäftsantheil eines Genossenschafters inmitten des Geschäftsjahres (oder einer andern Geschäftsperiode) zu veranschlagen sei, erforderlichen Prüfungen und Berechnungen mit einem außerordentlichen Aufwande von Arbeitskraft und Zeit der Regel nach verbunden sein und wenn nicht zu einer Störung des Geschäftsbetriebs, so doch zu einem ganz unzuverlässigen Resultate führen würden.

Was nun den dem ausgeschiedenen Genossenschafter oder den Erben eines verstorbenen Genossenschafters gebührenden Anspruch selbst anbelangt, so ist den Berechtigten jeder unmittelbare und selbständige Einfluß auf die Berechnungsart und die definitive Festsetzung des Forderungsbetrags vom Gesetze versagt (vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 24 Nr. 112 S. 420). Auch gewährt das Gesetz nicht etwa in einer dem Art. 125 des HGB.

[1]) S. dieses Archiv Bd. 31 Nr. 308.

analogen Weise ein Recht, die Auflösung und Liquidation der Genossenschaft zu verlangen, und der fragliche Anspruch erstreckt sich nicht auf Anrechte, welche der ausgeschiedene Genossenschafter, durch seine Leistungen als solcher, auf den Reservefonds und das sonst vorhandene Vermögen der Genossenschaft erworben hatte, vielmehr schließt Abs. 2 § 39 ausdrücklich diese Anrechte aus — wobei er selbst durch seine Ausdrucksweise (namentlich in den Worten „vielmehr nur") darauf hindeutet, daß hierin eine Einschränkung der aus der Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft herzuleitenden Befugnisse gefunden werden könne (vgl. Entsch. Bd. 8 Nr. 68 S. 274). Noch wichtiger erscheint es, daß der in Rede stehende Geschäftsantheil (gleich dem Dividendenantheile) an sich als der Gegenstand eines unbedingt klagbaren Gläubigerrechts beurtheilt werden muß (vgl. Entsch. Bd. 20 Nr. 76 S. 298) und daß demungeachtet § 39 nicht nur im Abs. 2 eine Fälligkeitsfrist bestimmt, sondern auch im Abs. 3 der Schuldnerin die unbeschränkte Befugniß eingeräumt hat, anstatt der Schuldtilgung den Gläubiger auf den Weg und Erfolg der Liquidation (mittels deren Beschließung) zu verweisen.

Nach diesen Erwägungen müssen die fraglichen Gesetzesbestimmungen zu Gunsten ausgeschiedener Genossenschafter oder der Erben von verstorbenen Genossenschaftern einer engen Auslegung unterworfen werden. Bei deren Anwendung aber kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Genossenschaft mit diesen Bestimmungen für die Ausübung der alternativen Befugniß: den buchmäßigen Geschäftsantheil auszuzahlen oder in Liquidation zu treten, hat eine Deliberationsfrist gesetzt werden wollen, welche mit dem (oben näher gekennzeichneten) Termine der Fälligkeit des gegnerischen Anspruchs auf den buchmäßigen Geschäftsantheil abläuft, daß also durch einen spätern Auflösungsbeschluß die Genossenschaft sich nicht mehr von der Verpflichtung zur Tilgung dieses Anspruchs liberiren kann. Jedes etwaige Bedenken gegen diese Auffassung des Gesetzes muß der Erwägung weichen, daß die entgegengesetzte Interpretation des Appell.-Richters der Genossenschaft die Füglichkeit gewährt, einen unbetagten und unbedingten, rechtskräftig festgestellten Gläubigeranspruch ungetilgt zu lassen, die vielleicht mit großem Kosten- und Zeitaufwande verbunden gewesene Geltendmachung solchen Anspruchs — wenigstens bis zur Executionsvollstreckung — unwirksam zu machen, den Gläubiger lange Zeit, möglicherweise jahrelang, in der Ungewißheit zu belassen, ob er gemäß § 39 Abs. 2 werde befriedigt werden, oder ob er das Ergebniß der Liquidation werde abwarten müssen. Wenn der Appell.-Richter vermeint, daß die Geltendmachung des Anspruchs auf den buchmäßigen Geschäftsantheil durch die Liquidation der Genossenschaft nur suspendirt werde, daß dem Berechtigten nach Beendigung der Liquidation eventuell die weitere Verfolgung seines Anspruchs zustehe, so verkennt er, daß, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des Rechts aus Abs. 3 § 39 zutreffen, durch den Gebrauch dieses Rechts die Verpflichtung aus Abs. 2

vollständig und endgültig erlischt, daß also von einer Suspension dieser Verpflichtung durch das Liquidationsverfahren und von einem Wiederaufleben des correspondirenden Rechts nach Beendigung des Liquidationsverfahrens gar nicht die Rede sein kann. Das Wesen des Rechts aus Abs. 3 § 39 besteht eben darin, daß im Falle der befugten Geltendmachung desselben die ausgeschiedenen Genossenschafter, oder die Erben verstorbener Genossenschafter, gegen welche das fragliche Recht in Anwendung gebracht wird, gleich den nicht ausgeschiedenen Mitgliedern der Genossenschaft behandelt werden, daß also das vorausgegangene Ausscheiden oder Ableben von Genossenschaftern keine Beachtung mehr findet. Die Bestimmungen des Reichsgenossenschaftsgesetzes im Abschnitte V „von der Liquidation der Genossenschaft" gestatten in der Wahrnehmung und Befriedigung der genossenschaftlichen Ansprüche — abgesehen von dem Falle, auf welchen das wiederholt erwähnte Erkenntniß in den Entsch. Bd. 20 S. 297, ohne ihn jedoch zu entscheiden, hinweist, und welcher auch gegenwärtig unentschieden bleiben soll und kann — keinerlei Unterscheidung. Eine auf § 39 Abs. 2 sich gründende Forderung kann daher im Liquidationsverfahren der Genossenschaft nur zur Geltung kommen, wenn die Eröffnung dieses Verfahrens nicht den in Abs. 3 des § 39 gewährten Schutz zu begründen vermag. Folgeweise läßt sich auch nicht dem Ergebnisse der Liquidation die Bedeutung eines Correctivs, nämlich eines Modus zur Prüfung und eventuellen Berichtigung der stattgehabten Berechnung des buchmäßigen Geschäftsantheils im Sinne von § 39 Abs. 2 beilegen. Die Ermittelung und Feststellung dieses Antheils beruht auf der Bilanz, welche von den gesetzlich resp. statutenmäßig befugten Beamten und Organen der Genossenschaft aufzustellen ist; dahingegen hängt im Falle der Liquidation die Entscheidung: ob und welche Quote an dem genossenschaftlichen Vermögen dem einzelnen Genossenschafter zukommt, von den Erfolgen des den §§ 43 ff. entsprechenden Verfahrens ab. Demgemäß sind die Factoren für die Ausmittelung von gemeinschaftlichen Guthaben in den beiden vorgedachten Fällen wesentlich verschieden.

Erk. des ROHG. zu Leipzig (3. Sen.) v. 8. Septbr. 1879. Wallmann deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 1879 S. 782 ff. (X.)

---

95. Rechte der Realgemeinde und der einzelnen Mitglieder derselben an der Allmende. — Mehrheitsbeschlüsse über die Rechte der einzelnen Mitglieder als solcher*.

*Vgl. Bd. 15 Nr. 1; Bd. 35 Nr. 2 u. d. dort. Nachw.

Es klagt die Realgemeinde Ramlingen gegen den Beklagten als eins ihrer Mitglieder, weil derselbe in die Gemeinheit mehr als 70 Stück Schafe eintreibe, obwohl bei nachbargleicher Benutzung nicht so viel Weide vor-

handen sei, um für jedes Mitglied der Realgemeinde mehr als je 70 Stück Schafe aus der Gemeinheit ernähren zu können. Daß zur Zeit durch das Eintreiben des Beklagten ein Weidemangel schon herbeigeführt werde, ist nicht behauptet. Außerdem stützt sich Klägerin auf einen im Jahre 1870 gefaßten Mehrheitsbeschluß der Realgemeinde, nach welchem jedes Mitglied der Realgemeinde nicht mehr als 70 Stück Schafe eintreiben soll. — Der Beklagte hat das Eigenthum resp. die ausschließliche Weideberechtigung der Klägerin und die Rechtsverbindlichkeit des Gemeindebeschlusses bestritten und sich darauf berufen, daß er aus verschiedenen Rechtsgründen befugt sei, so viel Schafe einzutreiben, als er auf seinem Hofe durchwintern könne. — Das Berufungsgericht erkannte folgendermaßen:

Die Klägerin hat anerkannt, daß der Beklagte zu den Mitgliedern der Realgemeinde gehöre und in dieser Eigenschaft zur Nutzung der Allmende in einem gewissen Umfange berechtigt sei, nicht minder, daß der Beklagte durch die von ihm thatsächlich geübte Beweidung einen wirklichen Weidemangel bis dahin nicht herbeigeführt habe, weil andere Gemeindemitglieder die ihnen zustehende Berechtigung thatsächlich nicht in vollem Umfange ausgeübt haben. Der Beklagte hat zunächst aus diesen feststehenden Thatsachen die Unbegründetheit der Klage, insbesondere das Nichtvorhandensein einer Turbation zu deduciren versucht, indem er meint, das einzelne Mitglied der Realgemeinde habe sich nur diejenigen Beschränkungen aufzuerlegen, welche aus dem ihm gegenübertretenden gleichen Rechte seiner Genossen sich ergeben, sei dagegen wohl befugt (auch unabhängig von einer etwa zulässigen Cession, wovon hier keine Rede ist), diejenigen Nutzungen des Allmendgutes sich anzueignen, welche die Genossen freiwillig ungenutzt lassen. Ein solches quasi ius occupandi ist jedoch weder dem gemeinen Rechte, noch den für Realgemeinden und Allmenden geltenden besonderen Rechtsgrundsätzen für entsprechend zu erachten. Darüber wenigstens kann kein Zweifel sein, daß der etwaige Ueberschuß von den Aufkünften des Allmendgutes — mag letzteres in Eigenthum oder in dinglichen Nutzungsrechten an fremder Sache bestehen —, welcher nach Befriedigung aller rechtmäßigen Bedürfnisse der nutzungsberechtigten Gemeindemitglieder übrig bleibt, der juristischen Person selbst und als solcher gebührt. Hieraus in Verbindung mit dem Umstande, daß die einzelnen Mitglieder einer Realgemeinde unter sich durch kein anderes Band als eben durch das Band der juristischen Person zusammengehalten werden, muß aber gefolgert werden, daß auch derjenige zufällige Ueberschuß, welcher durch freiwillige Nichtausübung von Einzelberechtigungen entsteht, nicht den übrigen Gemeindemitgliedern als Einzelnen, sondern nur der juristischen Person anheimfällt.

Auf der andern Seite ist davon auszugehen, daß die Befugnisse zur Nutzung der Allmende, welche dem Einzelnen nach Maßgabe der bestehenden Gemeindeverfassung oder kraft besonderen Rechtstitels zustehen, den Charakter von Sonderrechten an sich tragen und daher nicht willkürlich durch

Majoritätsbeschlüsse entzogen oder geschmälert werden dürfen. Neben der Vertretung der gemeinsamen Interessen nach Außen liegt eben der Schutz dieser Sonderrechte wesentlich in der Aufgabe und der Zweckbestimmung der deutschrechtlichen Realgemeinde. Immerhin bleibt auch da, wo es an einem besondern und eigentlichen Corporationsvermögen fehlt, noch ein gewisses Feld administrativer Thätigkeit für die Corporation übrig, sie mag Maßregeln zur Förderung des allgemeinen Wohles beschließen, und man wird ihr solche auch nicht versagen können in Fällen, wo wegen Conflictes der Sonderrechte unter sich eine Ausgleichung nöthig wird, aber nur unter Respectirung und thunlichster Schonung der Sonderrechte.

Hiervon verschieden ist indeß die Frage nach der Existenz und dem Umfange der aus der Gemeindemitgliedschaft hergeleiteten Sonderrechte selbst. In dieser Beziehung behauptet die Klägerin, daß nach den für Ramlingen geltenden Rechtsgrundsätzen jedem der 17 Mitglieder der Realgemeinde ein nachbargleiches Nutzungsrecht an der Gemeinheit zustehe. Im Gegensatz dazu nimmt der vorige Richter an, daß im Zweifel die Größe und die wirthschaftlichen Verhältnisse der einzelnen Reihestellen den Maßstab abgeben müßten und daß daher die Behauptung des Beklagten, er sei zur Nutzung der Allmende bis zu der, durch die Durchwinterungsfähigkeit seines Hofes bezeichneten Grenze berechtigt, bis zum Beweise des Gegentheils als wahr gelten müsse. Die Auffassung möchte sich rechtfertigen, wenn die Aufnahme in eine Realgemeinde adäquat wäre der unbeschränkten Verleihung einer Weideservitut an der Allmende. Zu dieser Unterstellung genügt aber die Erscheinung, daß erfahrungsmäßig in den weitaus meisten Fällen die Aufkünfte des Allmendgutes durch die Nutzung von Seiten der Einzelberechtigten völlig absorbirt werden, offenbar nicht; es ist daraus für das Theilnahmeverhältniß der Einzelnen nichts zu entnehmen. Im Uebrigen kann nur zugestanden werden, daß dasjenige, was der vorige Richter als Regel hinstellt, häufig zutreffen mag, namentlich da, wo die Gemeinheiten zur Deckung des vollen wirthschaftlichen Bedürfnisses aller Berechtigten ausreichen. Die Verhältnisse haben sich jedoch nach Ort, Zeit und Umständen durchaus verschieden gestaltet. . . . In Ermangelung einer gesetzlichen Präsumtion muß aber der Umstand, daß als Trägerin und Inhaberin des Gemeindevermögens wenigstens zunächst und formell die Realgemeinde selbst erscheint, während das einzelne Mitglied sein Recht daran nur von der juristischen Person ableitet, zu Gunsten der Klägerin entscheiden. Die Letztere ist daher von dem ihr angesonnenen Beweise zu entbinden, und die Behauptungen des Beklagten sind lediglich unter den Gesichtspunct exceptivischen Vorbringens zu stellen.

Geht man davon aus, daß dem Beklagten ein größeres Recht als ihm von der Klägerin zugestanden wird, nicht zustehe, so stellt sich die Klage ohne Weiteres als begründet dar. Die Klägerin hat schon in erster

Instanz bestimmt behauptet, daß die streitige Gemeinheit nicht mehr Weide biete als für 17 mal 70 Schafe; dieser Behauptung ist nicht widersprochen, sie gilt daher als zugestanden. Das thatsächliche Beweiden der Gemeinheit mit mehr als 70 Schafen von Seiten des Beklagten enthält hiernach einen Eingriff in die Rechtssphäre der Klägerin, selbst wenn der Gemeindebeschluß vom 20. März 1870 nicht zu Recht bestehen sollte.

Die Frage, ob der gedachte Gemeindebeschluß in formell gültiger Weise zu Stande gekommen sei, kann aber auch dann auf sich beruhen bleiben, wenn man das exceptivische Vorbringen des Beklagten ins Auge faßt. Sollte es nämlich richtig sein, daß die Berechtigungen an den Gemeinheiten für sämmtliche Hofbesitzer zu Ramlingen, oder auch für den Beklagten allein nur in dem vollen wirthschaftlichen Bedürfnisse oder in der Durchwinterungsfähigkeit ihre Grenze finde, so ist der gefaßte Beschluß materiell verletzend für den Beklagten und deshalb nicht zu beachten.

Es steht durch Zugeständniß fest, daß die Größe der Höfe in Ramlingen eine ungleiche ist, daß derjenige des Beklagten zu den größeren gehört, daß folgeweise auch das wirthschaftliche Bedürfniß an Weiden ein verschiedenes und für den Beklagten größer ist als für die Mehrzahl der übrigen Gemeindemitglieder. Gesetzt nun, daß die Gemeinheit nicht mehr ausgereicht haben sollte, um das volle wirthschaftliche Bedürfniß aller Berechtigten zu decken, so mußten diese freilich eine verhältnißmäßige Minderung ihres Weideviehes sich gefallen lassen, keineswegs aber durfte zum Nachtheile des Beklagten von der Majorität der Gemeindeversammlung decretirt werden, daß fortan nicht nach Verhältniß der Größe der Höfe, sondern nachbargleich geweidet werden solle.

Die Behauptung des Beklagten, daß nach bestehendem Herkommen, d. h. nach einem für Ramlingen geltenden gewohnheitsrechtlichen Rechtssatze, jedem Inhaber einer Reihestelle die Befugniß zustehe, nach Bedürfniß seines Hofes, mithin ohne weitere als die aus der Durchwinterungsfähigkeit sich ergebende Beschränkung die Dorfsgemeinheiten zur Weide zu benutzen, erscheint wohl geeignet, eine ungleiche Berechtigung der Mitglieder der Realgemeinde klar zu stellen. Nicht minder würde die Präsumtion für eine dem Beklagten zustehende größere Berechtigung Boden gewinnen, wenn es sich bewahrheiten sollte, daß der Beklagte und dessen Rechtsvorgänger im Besitze der Reihestelle zu Ramlingen, mithin als Mitglieder der Realgemeinde, das Weiderecht an den streitigen Gemeinheiten seit unvordenklicher Zeit in jenem unbeschränkten Maße geübt haben. Dagegen sind zehnjährige und dreißigjährige Ersitzungen nicht für geeignete Rechtstitel zu erachten, um das Theilnahmeverhältniß an der Allmende zwischen der Realgemeinde und deren eigenen Mitgliedern zu reguliren.

Erk. des AG. zu Celle v. 1. Juli 1874. Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 8 S. 10 ff. (X.)

96. Bildet ein sog. Composthaufen eine selbständige, von Grund und Boden getrennte und für sich vindicirbare Mobilie?

Vgl. Bd. 29 Nr. 5; Bd. 31 Nr. 113; Bd. 34 Nr. 10 u. d. dort. Nachw. Auch das. Nr. 98 u. Nr. 271.

Ein Vorbesitzer des Beklagten hatte einen auf seinem und eines Nachbars Grundstücke lagernden Composthaufen an den Kläger verkauft. Nachdem Letzterer den auf des Nachbars Grundstücke lagernden Theil hatte abfahren lassen, vindicirte er den Rest desselben von dem Beklagten, der die Herausgabe insbesondere deshalb verweigerte, weil er durch den käuflichen Erwerb des Grundstückes selbst auch Eigenthümer dieses als Theil desselben zu betrachtenden Composthaufens geworden sei. In 1. Instanz war für den Fall des Beweises der Tradition bzw. der Besitzergreifung durch den Kläger (s. unten) dem Klagantrage gemäß erkannt. Das Erk. 2. Instanz wies die Klage im Wesentlichen mit folgender Motivirung zurück:

„Die angestellte Klage ist die rei vindicatio, gegründet auf das durch den Kauf und die erfolgte Tradition erworbene Eigenthum des Klägers an dem Composthaufen. Das Object dieser Klage kann immer nur eine selbständige, für sich existirende Sache sein. Als eine solche kann aber der beanspruchte Composthaufen in diesem Falle nicht angesehen werden. Ein Composthaufen ist ein Haufen Erde, der mit Blättern, Abfall u. dergl. vermischt ist und zur Verbesserung des Grund und Bodens verwandt wird. Ein solcher Haufen bildet, wie jeder andere auf einem Grundstücke gebildete Haufen Erde, so lange einen Bestandtheil des Grundstücks, als nicht durch irgend welche äußere Umstände die Selbständigkeit desselben als einer für sich existirenden Sache in die Erscheinung tritt. Der auf dem Nachbargrundstücke belegene Theil des Composthaufens bildete daher ursprünglich einen Bestandtheil dieses Grundstücks; dieser ist, wenn nicht schon früher, so doch jedenfalls durch die Trennung desselben vom Grundstücke eine selbständige Sache geworden. Der auf dem Grundstücke des Beklagten belegene Theil dagegen bildet noch jetzt einen Bestandtheil dieses Grundstücks, da irgend welche Umstände, aus welchen sich die Selbständigkeit desselben ergäbe, vom Kläger nicht angeführt sind. Aber selbst wenn man annehmen wollte, der ganze Composthaufen bzw. der auf dem Grundstücke des Beklagten liegende Theil wäre ursprünglich eine selbständige, für sich existirende Sache gewesen, so ist derselbe, welcher schon mindestens seit dem Jahre 1877 auf dem Grundstücke des Beklagten fortwährend gelegen hat, jedenfalls durch diese längere Zeit vollständig mit dem Erdreich des Grundstücks verwachsen und ungetrennt verbunden, mithin ein Bestandtheil des Grundstücks geworden, so daß auch aus diesem Grunde die Vindication desselben gegen den Beklagten als Eigenthümer des Grundstücks ausgeschlossen sein würde (§ 21 Inst. de R. D. 2. 1; fr. 7 § 2 de A. R. D. 41. 1)."

Auf die Nichtigkeitsbeſchwerde des Klägers wurde jedoch das erſte Erkenntniß wieder hergeſtellt. In den Entſcheidungsgründen wurde Folgendes ausgeführt:

Setze man die von dem angef. Erk. aufgeſtellte Definition des Begriffs eines Compoſthaufens als richtig voraus, ſo ergebe ſich, daß derjenige, welcher den Compoſthaufen angelegt habe, mittels Anſammlung von Blättern, Abfall u. dergl., durch Occupation ſolcher Sachen, unmittelbar in Eigenthumsbeſitz gelangt und, wenn er ſolche Sachen zu einem Compoſthaufen verarbeiten laſſen, alſo rohe Stoffe durch eine Verarbeitung in eine neue Species umgewandelt habe, originärer Eigenthümer der letzteren — des Compoſthaufens — geworden ſei, mithin auch der Kläger durch den behaupteten und zum Beweiſe verſtellten Kauf, verbunden mit Tradition, Eigenthum daran erworben habe, welches der ſpätere Erwerber des Grundſtücks nicht mehr habe erwerben können. Was die Ausführungen des angef. Erk. betreffe, ſo widerlege ſich der auf die Unſelbſtändigkeit des Compoſthaufens geſtützte Einwand durch fr. 9 § 2 de damno inf. 39. 2, wonach die Selbſtändigkeit eines ſolchen erſt dann aufhöre, wenn die Beſtandtheile deſſelben unzertrennlich mit dem Erdboden verbunden ſeien, wie ja auch die Bäume erſt durch Wurzelſchlagen (§ 21 Inst. de R. D. 2. 1) und Baumaterialien erſt durch Verbauen (fr. 7 § 10, fr. 28 de A. R. D. 41. 1) aufhörten, ſelbſtändige, vindicirbare Gegenſtände zu ſein. Daß ferner der Compoſthaufen in Folge ſeines Lagerns auf dem Grundſtücke des Beklagten untrennbar mit demſelben verbunden, ſei von dieſem gar nicht behauptet; auch liege bei Errichtung eines Compoſthaufens nichts weniger als die Abſicht vor, denſelben als Ganzes betrachtet auf dem Grund und Boden ſtehen und verwachſen zu laſſen, da die Beſtimmung eines ſolchen vielmehr die ſei, durch Vermiſchung von Theilen deſſelben mit dem Erdreiche zur Verbeſſerung des Grund und Bodens, wo dieſes wünſchenswerth, verwandt zu werden. Aber auch die Berufung auf § 21 Inst. de R. D. und fr. 7 § 2 de A. R. D. treffe nicht zu, da dieſe Stellen nur beſagten, daß Theile eines Erdreichs, welche durch ein Naturereigniß in Folge Abreißens eines Stückes Erde an ein anderes Grundſtück angeſpült worden, erſt alsdann, wenn ſie an das andere Grundſtück feſtgewachſen, Theil deſſelben würden, andernfalls aber vindicirbar ſeien (Bezugnahme auf Heimbach im Rechtslexikon Bd. 1 S. 21 Anm. 38). Endlich ſei auch in der in der 1. Inſtanz zum Beweiſe verſtellten Thatſache: daß Kläger den Compoſthaufen bereits theilweiſe habe abfahren laſſen, ein zur Tradition ausreichender Act zu befinden. Denn ein ſolcher Compoſthaufen gehöre eben zu den Mobilien, welche nicht pro diviso beſeſſen werden könnten (fr. 8 de R. V. 6. 1), in dem ganzen 1. Verfahren ſei die Zuſammengehörigkeit deſſelben als eines Ganzen nicht in Zweifel gezogen, und es genüge daher der Beweis, daß der Kläger, ohne daß der Verkäufer deſſelben oder

in späterer Erwerber des Grundstücks Widerspruch erhoben, einen Theil davon habe abfahren lassen, zu der Annahme, daß der Kläger als Käufer desselben unter ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des Verkäufers Besitz, und zwar von dem ganzen Haufen, ergriffen habe.

Erk. des OLG. zu Braunschweig v. 22. Decbr. 1879 (in der Nichtigkeits-Instanz) in S. Günther w. Mette wegen Herausgabe. (D.)

---

97. Die Ungültigkeit einer vertragsmäßigen Befreiung von der Haftung für dolus erstreckt sich nicht auf die Ablehnung der Haftung für Handlungen von Hülfspersonen.

Vgl. Bd. 11 Nr. 86. (Auch das. Nr. 146 a. E.; Bd. 13 Nr. 136.)

Ein Connossement enthielt die Clausel, daß die Rhederei für Verlust oder Beschädigung der Güter auch dann nicht haften wolle, wenn der Schaden „durch Nachlässigkeit, Versehen oder Kopflosigkeit des Schiffers, der Seeleute, der Maschinisten oder irgend welcher anderen Angestellten oder Diener der Rhederei" verursacht sein sollte. Die (beklagten) Ladungsempfänger behaupteten Ungültigkeit dieser Clausel, weil es rechtlich unzulässig sei, sich vertragsmäßig von der Haftung für dolus frei zu machen, und weil culpa lata, welche hier bezüglich der eingetretenen Beschädigung der Güter vorliege, dem dolus gleichgestellt werden müsse. Höchstrichterlich wurde dieser Einwand aus folgenden Gründen verworfen:

„Es kann hier dahingestellt bleiben, ob culpa lata allgemein dem dolus gleichzustellen sei; denn die Rechtsregel des fr. 23 de R. J. 50. 17 ‚non valet, si convenit, ne dolus praestetur" findet auf das vorliegende Verhältniß überhaupt keine Anwendung. Es ist nirgendwo in den Gesetzen verboten oder als den guten Sitten zuwiderlaufend bezeichnet worden, daß ein Contrahent, welcher zur Ausführung eines übernommenen Werkes der Leistungen von Hülfspersonen sich bedienen muß, die Verantwortlichkeit für culpose oder culpose Handlungen derselben von sich ablehne; — und nur dies ist durch den in Rede stehenden Theil der Clausel geschehen. Auch die Berufung der Beklagten auf das „öffentliche Interesse" verbessert ihre Lage nicht; denn sie sind die Nachweisung, daß ein ius publ. bestehe, nach welchem die fragliche Vertragsbestimmung für unwirksam zu erklären sei, schuldig geblieben."

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 2. Mai 1879 in der hamb. Sache Hamb.-Amer.-Packetfahrt-Actienges. w. Jahns & Lund. — Entscheidungen Bd. 25 Nr. 42.

---

98. Interdictenschutz des Quasibesitzes an Realservituten.

Vgl. Bd. 27 Nr. 92 u. d. dort. Nachw.; Bd. 29 Nr. 109; Bd. 31 Nr. 314.

Wenngleich über die Frage, ob zum Schutze des Besitzes an solchen Realservituten, für welche das röm. Recht specielle Interdicte nicht gegeben hat, das interdictum uti possidetis allgemein zuzulassen sei, in der Theorie viel Streit herrscht, so hat sich doch eine constante Praxis, einem unverkennbaren Bedürfnisse folgend, für eine solche, jedenfalls analoge, Zulassung jenes Interdicts entschieden:

v. Holzschuher Theorie u. Casuistik Bd. 2 S. 55 (3. Aufl.); Glück Comm. Bd. 10 S. 209; Seuffert Archiv Bd. 5 Nr. 171, Bd. 19 Nr. 233, Bd. 22 Nr. 46, Bd. 27 Nr. 92, Bd. 29 Nr. 109,

und kann das Gericht keinen Grund finden, von solcher Praxis abzugehen.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 14. Novbr. 1879 i. S. Spahnholtz w. Realgemeinde Bonafort wegen Kuhweide. (W.)

---

99. Benutzung einer gemeinschaftlichen Wand. Beschränkung der Eigenthumsbefugnisse durch den Nachbarn.

Vgl. Bd. 27 Nr. 208; Bd. 34 Nr. 181, 182 u. d. dort. Nachw.

Das aus Holz gebaute Haus des Verklagten ist von dem in Stein aufgeführten des Klägers durch eine Wand getrennt, auf welcher das Gebälk beider Häuser ruht. An dieser Wand, welche Kläger als gemeinschaftliche in Anspruch nimmt, befindet sich in der Küche des Verklagten eine Wasserpumpe, deren Entfernung Kläger verlangt, weil durch deren Benutzung die Scheidewand mit dem daraufliegenden Gebälke in Bewegung gesetzt und eine Erschütterung seines Hauses bewirkt werde, wodurch nicht allein die Ruhe der Bewohner desselben gestört, sondern auch der Verband des Gebälkes und der sämmtlichen daran gefügten und darauf ruhenden Bestandtheile des Hauses gelockert und das Herabfallen des Verputzes herbeigeführt werde.

Die Klage ist abgewiesen und diese Abweisung in oberster Instanz damit motivirt:

Insoweit die Klage auf Verletzung des dem Kläger an der Scheidewand zustehenden Miteigenthums gestützt ist, fehlt es an dem Nachweise eines gesetzwidrigen Eingriffs in dieses Miteigenthum von Seiten des Verklagten; denn die Behauptung des Klägers, daß durch die Befestigung der Pumpe an die gemeinschaftliche Wand und die Benutzung derselben diese Wand beschädigt sei, ist nicht allein unerwiesen geblieben, sondern das Gegentheil festgestellt, die Thatsache, daß eine Erschütterung der Zwischenwand im untern Stockwerk vernehmbar gewesen, aber nicht geeignet, die

Klage zu begründen, da in einem Gebrauche der Wand, durch welchen nur eine so unbedeutende Erschütterung derselben herbeigeführt wird, daß dieselbe trotz des jahrelang fortgesetzten Gebrauchs nicht die geringsten Beschädigungen erlitten hat, eine ordnungswidrige und daher unerlaubte Benutzung der gemeinschaftlichen Sache nicht gefunden werden kann. Insoweit die Klage auf Eingriffe in das klägerische Eigenthum an dem Hause selbst gegründet wird, kann nicht wegen jedes den Nachbarn störenden Lärms und Geräusches, welches durch auf dem Nachbargrundstück vorgenommene Arbeiten oder Handlungen entsteht, eine Negatorienklage erhoben werden, vielmehr ist eine solche Klage, wenn überhaupt, nur unter ganz besonderen, hier nicht vorliegenden Umständen zuzulassen. Eben so kann nicht wegen jeder Erschütterung des Hauses, welche durch eine Thätigkeit des Nachbarn auf seinem Grundstück hervorgerufen wird, die Negatorienklage angestellt werden, vielmehr nur wegen ungewöhnlicher, Gefahr drohender Erschütterungen, welche durch eine außergewöhnliche Benutzungsart des Nachbargrundstückes entstehen. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber um eine unbedeutende durch den Gebrauch einer Pumpe entstehende Erschütterung, welche bisher noch nicht schädigend auf das Haus des Klägers eingewirkt hat.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 4. Febr. 1879 i. S. Steckenmesser w. Horz (nassauische Sache). (S.)

---

100. Städtisches Eigenthum ist der ordentlichen Ersitzung nicht entzogen.

Vgl. Bd. 24 Nr. 17 u. d. dort. Nachw.

. . . Allerdings hat die ältere Doctrin mehrfach die Sachen der Stadtgemeinden für eximirt von der ordentlichen Ersitzung aufgestellt und zuweilen auch die theoretischen Zweifel durch Hinweisung auf eine verbreitete Praxis beseitigt. Allein eine zu einer wirklichen Rechtsbildung geeigenschaftete Uebereinstimmung in den Richtersprüchen läßt sich gemeinrechtlich nicht nachweisen, und nur so viel wird sich behaupten lassen, daß umgekehrt die Gerichte in einer bestimmten Zeit der damals vorzugsweise vertretenen Lehre gefolgt sind. Diese Lehre ist aber heutigen Tages als irriges Verständniß der Rechtsquellen erkannt, und die Rechtsprechung hat keinen Grund, sich der literarisch immer allgemeiner anerkannten richtigeren Ansicht und dem Gewicht der dafür sprechenden Gründe zu verschließen. Die Ausschließung des Privatvermögens der Städte von der Usucapionsfähigkeit würde gegenüber solchen Stellen der röm. Rechtsquellen, welche dieselbe mehr oder weniger bestimmt vorauszusetzen scheinen, einen unzweideutigen Ausspruch der röm. Jurisprudenz erfordern. An einem solchen fehlt es aber. Diejenigen Gesetzstellen, welche dafür verwerthet worden sind, lassen sich theilweise anderweit erklären, von Sachen des Staates

(res publica, const. 2 ne rei dominicae 7. 38) oder von ſolchen ſtädtiſchen Sachen, welche dem Verkehr entzogen ſind und dem öffentlichen Gebrauch dienen (res publicae civitatum, fr. 9 de usurp. 41. 3; communis usus, const. 9 de aquaeductu 11. 43; publicus locus, const. 6 de operibus publ. 8. 11), und beziehen ſich theilweiſe auf das vorjuſtinianiſche Recht (usucapio im Gegenſatz zur longi temporis possessio, fr. 12 § 2 de Publ. in rem 6. 2).

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 13. März 1879 i. S. Zentgraf u. Gen. w. die Gemeinde Rimmels (heſſiſche Sache). (S.)

---

101. Handlungen in der Meinung der Eigenthumsausübung vorgenommen bei dem Beſitz und der Erſitzung der Dienſtbarkeiten.

Vgl. Bd. 7 Nr. 154; Bd. 8 Nr. 220, 236, 292; Bd. 17 Nr. 14; Bd. 20 Nr. 19; Bd. 22 Nr. 22, 23; Bd. 27 Nr. 98.

Die Anſicht, daß der Rechtsbeſitz und der Erſitzungserwerb einer Dienſtbarkeit nicht ſchlechterdings auf der Abſicht, ein Recht an einer fremden Sache auszuüben, zu beruhen brauche, ſondern ſchon der überhaupt auf die Ausübung eines dem thatſächlichen Zuſtande adäquaten dinglichen Rechts gerichtete Wille genüge und der erforderliche Beſitzwille daher bei demjenigen, welcher an der fraglichen Sache das umfaſſendſte dingliche Recht, das Eigenthum, zu haben glaubt, nicht zu vermiſſen ſei, ſteht auch mit dem gemeinen Rechte im Einklang. Die hier maßgebenden Geſetzesſtellen, namentlich das fr. 25 quemadm. serv. 8. 6, fr. 7 de itin. 43. 19 und fr. 1 § 19 de aqua quotid. 43. 20, verlangen gleichmäßig nur den Glauben, von einem eigenen Rechte Gebrauch zu machen („qui suo iure uti se credidit", „tanquam id suo iure faceret", „qui se putat suo iure uti"), nicht aber eine gerade auf die Ausübung einer Befugniß an einer fremden Sache gerichtete Abſicht (vgl. Windſcheid Pand. Bd. 1 § 163 Note 6 S. 454 der 3. Aufl.; Treitſchke in der Zeitſchr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 2 S. 50, 51).

Erk. des OAG. zu Dresden v. 19. Juni 1878. Zeitſchr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 46 S. 467, 468. (X.)

---

102. Erſitzung einer Wegedienſtbarkeit: fehlerhafte Beſitzhandlungen vor der Erſitzungszeit.

Vgl. Bd. 26 Nr. 223.

„Der Rechtsbeſitz einer Dienſtbarkeit, welche in der Ausübung einzelner von Zeit zu Zeit wiederkehrender Handlungen beſteht, zu deren Ausübung es auch einer beſonderen Vorkehrung auf dem dienenden Grundſtücke nicht

bedarf“ (es handelte ſich um eine Wegedienſtbarkeit), „beruht nicht auf einem ein für alle Mal feſtbegründeten Beſitzſtande, ſondern wird lediglich durch die einzelnen Ausübungsacte dargeſtellt, aber auch, wie beſonders hervorzuheben iſt, durch jeden ſolchen Act des Erſitzenden neu begründet. Wenn daher auch bei dem einen oder dem andern Beſitzacte auf Seiten des angeblich Berechtigten eine unerlaubte Handlung unterläuft, die Ausübung aber nachher noch die Verjährungszeit hindurch fortgeſetzt wird, ſo läßt ſich, inſoweit der Erſitzende den Nachweis des ſtreitigen Rechts auf die ſpäteren Ausübungshandlungen, dieſelben für ſich allein betrachtet, ſelbſtändig zu gründen in der Lage iſt, überhaupt nicht ſo ohne Weiteres behaupten, daß derſelbe aus jener früheren Handlung Rechte für ſich herleite.

Sowohl nach dem vor Einführung des bürgerlichen Geſetzbuchs in Sachſen in Geltung geweſenen Rechte, als auch nach den Vorſchriften dieſes Geſetzbuchs iſt es daher bei dem Beweiſe des Erwerbes derartiger Dienſtbarkeiten durch Erſitzung — ſo viel die innere Beſchaffenheit der einzelnen Erſitzungshandlungen angeht — zwar als ein nothwendiges Erforderniß zu betrachten, daß die einzelnen Beſitzacte während der ganzen Erſitzungszeit nicht nur im guten Glauben, ſondern auch fehlerfrei, alſo weder mit Gewalt, noch heimlich, noch in Folge Geſtattung auf beliebigen Widerruf, ausgeübt worden ſeien. Dagegen findet ſich keine Beſtimmung, welche vorſchriebe, daß die Vornahme eines fehlerhaften, insbeſondere eines gewaltſamen Beſitzactes die Folge habe, dem Urheber für alle Zukunft die Möglichkeit der Erſitzung der fraglichen Befugniß zu entziehen, und eben ſo wenig ergiebt ſich ein derartiger Grundſatz aus der Natur der Sache. Die Fehlerfreiheit der die Verjährungszeit hindurch fortgeſetzten Beſitzacte vertritt bei der Erſitzung derartiger Rechte die Stelle des den rechtmäßigen Beſitz begründenden fehlerfreien Erwerbes, des ſog. iustus titulus, welcher Vorausſetzung der ordentlichen Erſitzung körperlicher Sachen iſt. So wenig der Umſtand, daß derjenige, der eine Sache erſeſſen haben will, ſich früherhin einmal auf gewaltſame Weiſe in den Beſitz dieſer Sache geſetzt hat, für ſich allein ein Hinderniß einer ſpäteren Erſitzung derſelben Sache bildet, ſobald der dieſer ſpäteren Erſitzung zu Grunde liegende Beſitzſtand in einer Weiſe begründet worden iſt, welche in keinem innern Zuſammenhange mit dem früher vorgekommenen Gewaltacte ſteht, eben ſo wenig läßt ſich demjenigen, welcher die Verjährungszeit hindurch ſich im ungeſtörten Beſitze einer Wegegerechtigkeit befunden hat, die Fehlerfreiheit der dieſen Beſitz für ſich allein herſtellenden Ausübungshandlungen und der Anſpruch auf Anerkennung des ſolchergeſtalt erſeſſenen Rechts lediglich um deswillen beſtreiten, weil er vor der Zeit, während welcher er erſeſſen haben will, die Ausübung der Dienſtbarkeit einmal mit Gewalt durchgeſetzt habe, ſofern nur die dem Erſitzenden zur Laſt fallende Gewalthandlung nicht derart iſt, daß nach den beſonderen Umſtänden des einzelnen Falles auf Seiten deſſelben die

Annahme des guten Glaubens, also die Ueberzeugung von dem Bestehen seines Rechts, für die Folgezeit ausgeschlossen erscheint, oder aber wegen der verübten Gewalt die Duldung der späteren Ersitzungshandlungen von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks als eine unfreiwillige in dem Sinne anzusehen ist, in welchem bereits das röm. Recht (vgl. fr. 20 pr. quod vi aut clam 43. 24) nicht allein die unmittelbar durch Gewalt erzwungenen Ausübungsacte, sondern auch solche Handlungen als ungeeignet zur Ersitzung bezeichnet, welche in der Eigenschaft äußerlich fehlerloser Besitzacte nur dadurch ermöglicht worden sind, daß der Ersitzende vorher den Eigenthümer des dienenden Grundstücks durch unerlaubte Einwirkung auf dessen Willen von dem Versuche einer Behinderung abhielt. Beide Voraussetzungen der Ersitzung, sowohl die freiwillige Duldung der Dienstbarkeit durch den Grundeigenthümer, als auch der gute Glaube auf Seiten des Ersitzenden, sind aber mit der Thatsache eines über die Verjährungszeit hinaus zurückliegenden Gewaltactes an sich recht wohl vereinbar.“[1]) . . .

Erk. des OAG. zu Dresden v. 20. Novbr. 1877. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 46 S. 223 ff. (X.)

---

103. Bei Geldschulden wird der Lauf der Conventionalzinsen durch die mora des Gläubigers nicht unterbrochen.

Vgl. Bd. 11 Nr. 128; Bd. 31 Nr. 210.

Dieser Satz wurde, unter Bezugnahme auf Mommsen Lehre von der mora S. 306, ausgesprochen in einem

Erk. des obersten Gerichtshofes für Bayern v. 21. Juli 1879. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 44 S. 313. (X.)

---

104. Vereinbarte Zahlung von Zinseszinsen für den Fall des Verzugs in Zahlung der Zinsen.

Vgl. Bd. 2 Nr. 150; Bd. 31 Nr. 211; Bd. 35 Nr. 11. (Auch Bd. 29 Nr. 115 u. d. dort. Nachw.)

Die Sparkasse zu C. hatte mit einem Schuldner vereinbart, daß er im Fall des Verzugs die rückständigen Zinsen wiederum mit 6 Procent verzinsen solle. Höchstrichterlich ward diese Vereinbarung für gültig erachtet, weil nach dem § 1 des Bundesgesetzes vom 14. Novbr. 1867 Conventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer

[1]) Die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten von Unterholzner Verjährung Bd. 2 § 211 S. 177 Note 637; Hoffmann Lehre von den Servituten Bd. 2 S. 142 ff. (144, 148); Hasse im Rhein. Museum Bd. 2 S. 416 f., 421.

sonst creditirten Forderung zu leisten seien, der freien Vereinbarung unterlägen und die in Rede stehende Vereinbarung die Festsetzung einer wirklichen Conventionalstrafe für die unterlassene Zahlung der Zinsen enthalte, welche nach dem erwähnten § 1 einer Einschränkung nicht unterstellt seien, so daß auch die Art und Weise, wie diese Conventionalstrafe im vorliegenden Falle nach Vereinbarung der Parteien bestimmt worden, nicht als ein Anatocismus sich darstelle, für welchen der § 4 des Gesetzes in Betracht zu ziehen.

Erk. des AG zu Celle (2. Sen.) v. 25. Novbr. 1878. Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 10 S. 304. (X.)

---

105. Zinsen, während des Processes ultra alterum tantum aufgelaufen.

Vgl. Bd. 2 Nr. 269; Bd. 5 Nr. 14; Bd. 9 Nr. 14; Bd. 10 Nr. 207, 238, 239; Bd. 15 Nr. 188; Bd. 17 Nr. 222; Bd. 18 Nr. 26.

„Der Beklagte war zu verurtheilen auch in Betreff der Zinsen, und zwar ohne Beschränkung derselben auf das alterum tantum. Denn die Klage wurde erhoben, bevor noch die rückständigen 5 Procent Zinsen bis zur Höhe des Kapitals aufgelaufen waren, und in einem solchen Falle tritt nach der in neuerer Zeit constant befolgten Praxis des OAG. die sonst gesetzliche Sistirung der Zinsen nicht ein (vgl. Urtheil v. 26. Novbr. 1855 in S. Binding w. v. Rothschild[1]), Vereinsf. Bd. 2 S. 257; Kierulff Samml. Jahrg. 1865 S. 1092)."

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 31. Januar 1867 in einer lübecker Sache. Kierulff Samml. Jahrg. 1867 S. 103. (X.)

---

106. Vertragsmäßige Beschränkung der Gewerbeausübung. Unstatthafte Conventionalstrafe.

Vgl. Bd. 34 Nr. 105 u. d. dort. Nachw.

Es handelte sich um die Vereinbarung zwischen einem Uhrmacher und seinem Lehrling, daß dieser sich nie als Uhrmacher niederlassen dürfe. Höchstrichterlich wurde ausgesprochen:

Muß schon in der vertragsmäßigen Verpflichtung, ein gewisses Gewerbe nie auszuüben, an sich eine bedenkliche Beschränkung der persönlichen Freiheit gefunden werden, so tritt dieses Bedenken um so gewichtiger auf, wenn es sich um die Ausübung eines solchen Gewerbes handelt, zu dessen Betreibung eine Person sich die nöthigen Fertigkeiten besonders erworben hatte, so daß sie auf dessen Betrieb so recht eigentlich verwiesen erscheint. Dies ist namentlich bei dem im engern Sinne sogenannten Gewerbegehülfen der Fall.

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 10 Nr. 207.

Mag unter Umſtänden das Verſprechen eines ſolchen, innerhalb gewiſſer, nicht zu weiter, örtlicher und zeitlicher Grenzen ſich nicht ſelbſtändig niederzulaſſen, als rechtlich wirkſam anzuerkennen ſein, ſo kann dies doch von einem nicht derartig beſchränkten Verſprechen nicht gelten. Es iſt contra bonos mores, die eigene Freiheit in dieſem Umfang zu beſchränken.

Aus dieſem Grunde kann das Verſprechen aber auch nicht indirect erzwingbar gemacht werden durch Hinzufügung einer Pönalſtipulation.

Erk. des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 21. Octbr. 1876 (thüring. Sache). Entſcheidungen Bd. 21 S. 262, 263. (X.)

---

107. Reſciſſion eines Hauskaufs wegen dolus causam dans, geſtützt auf das Verſchweigen erheblicher Baumängel*. Inhalt der Beweisauflage.

*Vgl. Bd. 2 Nr. 167; Bd. 11 Nr. 221 II; Bd. 18 Nr. 235; Bd. 27 Nr. 111; Bd. 28 Nr. 21; Bd. 30 Nr. 117; Bd. 31 Nr. 9; Bd. 33 Nr. 247; Bd. 34 Nr. 287.

„1. Nach Maßgabe der für die auf gutem Glauben beruhenden Verträge überhaupt geltenden Grundſätze wird auch beim Kauf dem durch den dolus ſeines Mitcontrahenten Geſchädigten ein mittels der Contractsklage geltend zu machender Anſpruch auf Entſchädigung gegeben, und dieſer Anſpruch kann ſelbſt zur Aufhebung des Contracts neben dem Erſatze ſonſtiger Schäden führen, wenn der Betrug von ſolcher Erheblichkeit für die Willensbeſtimmung des Betrogenen erſcheint, um anzunehmen, daß dieſer ohne das Dazwiſchentreten des Betrugs überhaupt nicht auf den Kauf eingegangen ſein würde, wogegen bei einem Betruge von geringerer, nur die Modalitäten des Vertrags berührender Bedeutung der Anſpruch allein auf Erſatz des Schadens ſich beſchränkt:

fr. 11 § 3 u. 5, fr. 13 § 4 de act. E. et V. 19. 1; const. 5, 8, 10 de rescind. vend. 4. 44; const. 10 de distr. pign. 8. 28; fr. 1 § 9, fr. 4 § 4 de Aedil. Ed. 21. 1; v. Bangerow Pand. Bd. 3 § 605; v. Holzſchuher Theorie u. Caſuiſtik Bd. 3 S. 288; Ihering im Archiv f. prakt. Rechtsw. N. F. Bd. 4, S. 268.

Dabei iſt jedoch zu berückſichtigen, daß das bloße Verſchweigen ganz unbedeutender oder vorübergehender, dem Käufer unbekannt gebliebener, heimlicher Mängel, weil darin nicht ohne Weiteres ein dolus des Verkäufers zu finden iſt, nicht einmal einen Anſpruch auf Schadenserſatz begründet:

Vgl. fr. 54 de contrah. emt. 18. 1; fr. 1 § 8, fr. 10 § 2, fr. 11 de Aedil. Ed. 21. 1; Sintenis Civilrecht Bd. 2 A. 2, § 116 S. 609.

2. Die actio emti wegen dolus iſt auch in ihrer Richtung auf Reſciſſion des Handels nicht an die kurzen Verjährungsfriſten der ädilitiſchen Rechtsmittel gebunden[1]): (Windſcheid Pand. § 393 Note 12; vgl. HGB. Art. 350).

[1]) Vgl. die folgende Nr.

Immer aber gehört zur Begründung der Klage wirklicher dolus unter Ausſchluß der ſonſt in ihren Wirkungen dem dolus gleichgeſtellten culpa lata.

3. Da die Entſcheidung über die Frage, ob und welche Rechtsfolgen der behauptete dolus nach ſich ziehen müſſe, weſentlich durch die Erheblichkeit des einen oder des andern der behaupteten Mängel, oder aber auch der mehreren Mängel in ihrem Zuſammenhange, bedingt iſt, ſo dürfen die behaupteten Mängel weder alternativ, noch cumulativ zum Beweiſe verſtellt werden; es ſind vielmehr die behaupteten Mängel zwar ſämmtlich neben einander zum Beweiſe auszuſtellen, jedoch mit dem Vorbehalte, daß die dem richterlichen Ermeſſen zugehörige Beurtheilung der Frage, ob das Gewicht der einzelnen Mängel, ſei es im Einzelnen, ſei es in ihrem Zuſammentreffen, ausreiche, um auf Reſciſſion des Kaufs nebſt ſonſtigem Schadenserſatz, event. auf Entſchädigung allein erkennen zu können, für das demnächſtige Erkenntniß über die Beweisführung frei bleibe. Die Beweisaufnahme ſelbſt und die Beweiswürdigung ſelbſt aber wird zu ſolchem Behuf auch auf die Fragen zu richten ſein, ob und in welchem Maße die ſich vorfindenden Fehler erheblich ſind für die Haltbarkeit und bauliche Sicherheit, für die geſunde Beſchaffenheit und für die Kaufwürdigkeit und den Kaufwerth des Hauſes, bzw. ob und inwieweit ſie für die Entſcheidung eines kaufluſtigen bonus paterfamilias über den Ankauf ſelbſt oder doch auf deſſen Modalitäten von Einfluß ſein mußten.

4. Der den Beklagten gemachte Vorwurf des dolus hat zur Vorausſetzung, daß jene die fragl. Baumängel bei Abſchluß des Kaufcontracts gekannt und gleichwohl dem Käufer in betrüglicher Abſicht verſchwiegen haben. In Betreff der betrüglichen Abſicht ſtellen aber die Geſetze das wiſſentliche Verſchweigen eines weſentlichen Mangels dem decipere gleich und geben dem Käufer deshalb die Contractsklage (fr. 11 § 5, fr. 13 pr. § 1, fr. 30 § 1, fr. 39, fr. 45 § 1 de act. E. et V. 19. 1), welche, wie bereits oben geſagt, nicht bloß auf das id quod interest beſchränkt iſt, ſondern beim dolus causam dans auch den Antrag auf Reſciſſion des Contracts umfaßt:

fr. 11 § 3 cit.; Seuffert Pand. Bd. 2 § 261 Nr. 1; Sächſ. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle Jahrg. 8 S. 107.

Dabei kann von dem Kläger ein Beweis darüber, daß er ohne ſolchen dolus der Verkäufer den Kaufcontract überhaupt nicht abgeſchloſſen haben würde, alſo der Beweis eines der äußern Wahrnehmung ſich entziehenden innern Vorgangs, nicht gefordert werden, wenn man nicht die Geltendmachung der Reſciſſion des Vertrags wegen dolus causam dans überhaupt unmöglich machen will; vielmehr genügt es, wenn nach richterlichem Ermeſſen unter Berückſichtigung der Verkehrs- und der perſönlichen Verhältniſſe der Contrahenten die Kenntniß bzw. Unkenntniß der verſchwiegenen heimlichen Mängel für jeden vernünftigen Mann entſcheidend für den Contracts-

abschluß gewesen ist. Und so viel kann speciell für den vorliegenden Fall nicht bezweifelt werden, daß, wenn wirklich alle die heimlichen, also dem Käufer bei Abschluß des Kaufs unbekannt, mithin auch auf die Preisbestimmung einflußlos gebliebenen Mängel des Hauses in dem behaupteten Maße und von den von ihm bezeichneten Folgen, bzw. auch wohl nur ein erheblicher Theil derselben, vorhanden sein sollten, ein bonus paterfamilias zum Kaufe eines solchen Hauses nicht geschritten sein würde. . . .

5. Kläger hat das Bekanntsein der Verkäufer mit den Baumängeln indirect . . . aus der Behauptung ableiten wollen, daß die Beklagten als Sachverständige, welche selbst den Bau ausgeführt hätten, jene Mängel als solche gekannt haben müßten, mit anderen Worten, daß aus ihrer Eigenschaft als Sachverständige ihr wirkliches Wissen über jene Mängel hervorgehe, und hierüber war eine entsprechende Beweisausstellung nicht zu versagen, da es sehr wohl denkbar ist, daß eine desfallsige Beweisführung, in Verbindung zumal mit den sonst vorliegenden Umständen, die richterliche Ueberzeugung von dem Vorhandensein eines betrüglichen Handels herstellen könnte." . . .

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 28. Juni 1878 i. S. Kahlefeld w. Heinecke u. Consl. wegen Kaufs. (D.)

---

108. Verhältniß der ädilitischen Klagen zur Contractsklage; Verjährung.

Vgl. Bd. 10 Nr. 30; Bd. 16 Nr. 181, sowie die vorige Nr. unter 2.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wurde hierüber u. A. Folgendes ausgeführt:

Nach gemeinem Rechte sei es außer Zweifel, daß wegen verborgener, sich hinterher an der verkauften Sache zeigender Mängel nicht bloß im Fall eines dolus des Verkäufers, wenn nämlich dieser den ihm bekannten Mangel verschwiegen habe, sondern auch im Fall einer besondern, ausdrücklichen oder stillschweigenden Zusicherung der Abwesenheit des Mangels von Seiten des Verkäufers, gleichviel ob in solchem Falle dieser selbst den Mangel gekannt habe oder nicht, außer den die Aufhebung des Vertrages oder Minderung des Kaufpreises nach Verhältniß des Minderwerths der Kaufsache bezweckenden, mit der kurzen Dauer von sechs Monaten bzw. von einem Jahre versehenen Klagen aus dem ädilitischen Edicte (act. redhib. oder quanti min.) electiv auch die civilrechtliche Contractsklage (act. emti) auf Leistung des vollen Interesses mit der für diese Klage begründeten 30jährigen Verjährungsfrist angestellt werden könne (fr. 6 § 4, fr. 13 pr. § 1, 3 de act. emt. vend. 19. 1).

Gegenüber den über das Verhältniß der beiden Arten von Klagen zu einander nach jetzigem Rechte früher bestandenen Zweifeln sei es nunmehr

allgemein anerkannt, daß ein völliges Aufgehen der Contractsklage in den ädilitischen Klagen in der Art, daß die Grundsätze der letzteren in allen Fällen der Fehlerhaftigkeit der Kaufsache zur Anwendung zu kommen hätten, nicht stattgefunden habe, daß vielmehr nur in solchen Fällen, da mit der actio emti bloß das ädilitische Recht selbst geltend gemacht werde, da also die Klage ausschließlich auf die Fehlerhaftigkeit der Sache, abgesehen von einem besondern Versprechen der Abwesenheit des Fehlers oder von einer Kenntniß desselben auf Seiten des Verkäufers, gegründet und mit ihr nur verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises oder Rücknahme der verkauften Sache gefordert werde, die Grundsätze des ädilitischen Edicts, also insbesondere dessen kurze Verjährungsfristen, in Anwendung kämen, dagegen in jenen Fällen, da die Contractsklage schon nach älterem Civilrecht begründet gewesen, d. i. im Fall arglistigen Verschweigens des Fehlers oder bestimmten Versprechens der Abwesenheit desselben durch den Verkäufer, jene Klage ihren selbständigen Charakter und die ihr eigenthümlichen Wirkungen bewahrt habe und somit auch nur der 30jährigen Verjährung unterliege (vgl. Ztschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 8 S. 269 und Arch. f. d. civil. Praxis Bd. 6 S. 103 ff.; Unterholzner v. d. Schuldverh. Bd. 2 S. 274 Note 66; v. Vangerow Pand. Bd. 3 § 609 Anm. II u. VIII; Windscheid Pand. 4. Aufl. § 393 Note 1 u. 12; Seuffert Pand. 4. Aufl. Bd. 2 § 266 Note 15; Sintenis Civilr. 2. Aufl. Bd. 2 S. 612—623). . . .

Die auf ein ausdrückliches Versprechen der Abwesenheit des Mangels oder des Vorhandenseins einer Eigenschaft des Kaufobjects gegründete Klage sei, wie nach gemeinem Recht, so auch nach bayr. Landrecht nicht nothwendig als eine ädilitische zu betrachten, sondern könne auch als die Contractsklage bestehen. Ja sie könne sogar nur als solche bestehen, wenn sie nicht bloß auf proportionelle Preisminderung oder Aufhebung des Kaufes, sondern auf Leistung des vollen Interesse gerichtet sei (§§ 24, 25 c. 3 Thl. 4 des bayr. Landr.; vgl. oberstr. Entsch. in Samml. Bd. 3 S. 35; Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 32 S. 59; Erg. Bd. 1 S. 276).

Finde aber wegen eines Mangels der gekauften Sache die Contractsklage überhaupt statt, so müsse diese auch der 30jährigen Verjährung unterworfen sein, sofern nicht ein besonderer innerer Grund, oder eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung für eine Abweichung vorliege. Das Letztere sei nicht der Fall. Ersteres aber könne nur als gegeben erachtet werden in Fällen, in welchen die Contractsklage ausschließlich auf einen erst durch das ädilitische Edict für vertretbar erklärten Mangel, d. i. für einen Mangel, dessen Abwesenheit nicht besonders versprochen und dessen Existenz auch nicht wissentlich verschwiegen worden, gegründet sei, indem es in solchen Fällen die Consequenz und Billigkeit erfordere, daß das ädilitische Recht, auf das Kläger seine Klage gründe, auch dem Beklagten bezüglich der Ver-

jährungseinrede zugute komme, während umgekehrt die allgemeine Anwendung der kurzen Verjährungsfrist der ädilitischen Rechtsmittel auf die actio emti im Widerstreit mit der dem ädilitischen Edicte zu Grunde liegenden Absicht stände, nämlich dem Käufer einen erweiterten Schutz gegen Gefährdungen im Markthandel zu gewähren. . . .

Erk. des obersten Gerichtshofes f. Bayern v. 16. April 1879. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 44 S. 184 ff. (X.)

---

109. Zusage der Hypothekenfreiheit; welche Rechtsmittel stehen dem Käufer zu Gebote, wenn die Zusage nicht erfüllt wird?* Ist letztere auf den Zeitpunct des Contractsschlusses oder der Auflassung zu beziehen?

*Vgl. Bd. 1 Nr. 49, 200; Bd. 7 Nr. 164; Bd. 9 Nr. 142; Bd. 11 Nr. 34; Bd. 13 Nr. 15, 88, 137; Bd. 14 Nr. 128; Bd. 21 Nr. 35; Bd. 22 Nr. 201; Bd. 24 Nr. 232; Bd. 25 Nr. 207; Bd. 31 Nr. 9. (Auch Bd. 25 Nr. 206 u. d. dort. Nachw.; Bd. 31 Nr. 25.)

Die Kläger hatten laut Kaufcontracts vom 1. Octbr. 1876 von den Beklagten ein Wohnhaus gekauft. Es war eine Anzahlung von 600 M. verabredet; der Rest des Kaufgeldes mit 10200 M. sollte am 1. April 1877, an welchem Tage Besitz und Eigenthum auf die Käufer übergehen sollte, gezahlt werden. Der § 3 endlich lautete: „Verkäufer leistet für das den Käufern wohlbekannte Grundstück keine andere Gewähr, als die für Eigenthum und Hypothekenfreiheit.“ In der am 15. Februar 1877 erhobenen Klage trugen die Käufer vor, das erkaufte Grundstück sei weit über den Kaufpreis hinaus mit einer Hypothek belastet und es sei nicht die mindeste Aussicht vorhanden, daß der Beklagte seine Verpflichtung hypothekenfreier Verlassung bis zum 1. April d. J. und überhaupt jemals erfüllen könne, was auch der Beklagte auf Befragen anerkannt habe. Hieran wurden die Anträge geknüpft, princip.: den Kaufcontract als für beide Theile unverbindlich zu erkennen und den Beklagten zur Zurückzahlung der empfangenen Anzahlung nebst Zinsen zu verurtheilen; event.: den Beklagten zur Liberirung des Grundstücks von der Hypothek zum 1. April d. J. schuldig zu erkennen. Der Beklagte bestritt das von ihm angeblich abgelegte Zugeständniß und erklärte sich zum 1. April zur hypothekenfreien Verlassung bereit.

Höchstrichterlich wurde Folgendes ausgesprochen:

„Daß das Belastetsein eines Grundstücks mit nicht angezeigten Hypotheken keineswegs als Fehler im Sinne des ädilitischen Edicts, welches auf rechtliche Mängel einer Sache nicht ausgedehnt worden ist, angesehen werden kann, steht wohl unbestritten fest. Wie das Belastetsein eines Grundstücks mit Realservituten den Käufer, wenn überhaupt zu einem

Anspruche, so doch nicht zu den ädilitischen Klagen, sondern nur zu den in Evictionsfällen zuständigen Rechtsmitteln berechtigt:

s. Neustetel u. Zimmern römisch-rechtl. Unters. S. 216 ff., bes. S. 232 f.; Müller Eviction S. 197, 207 ff; v. Vangerow Pand. III. § 610 Anm. 3 a. E.; Sintenis Civilrecht 2. Aufl. Bd. 2 § 116 Note 145 S. 623; Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 28, 221, 222, Bd. 14 Nr. 127, Bd. 25 Nr. 206, Bd. 51 Nr. 25,

so beweisen zahlreiche Gesetzesstellen, daß die Belastung des Kaufobjects mit Pfandrechten (und ähnlichen dinglichen Lasten), weil nicht einen Fehler der Sache an sich darstellend, sondern nur das vom Verkäufer zu leistende rem habere licere in Zweifel stellend, lediglich nach den Grundsätzen über Evictionsleistung beurtheilt wird:

s. z. B. fr. 34 § 2, fr. 35, fr. 63 § 1, fr. 65, fr. 66 pr. de evict. 21. 2; const. 3, 4, 5, 22, 24 de evict. 8. 45; vgl. Müller a. a. O. S. 162 ff.; Windscheid Pand. II. § 391 Note 23.

Auch lehren alle Sammlungen von Entscheidungen deutscher Gerichtshöfe, daß über die Anwendung eben nur dieser Grundsätze auf den Fragefall in der Praxis niemals Zweifel gewesen ist, was insbesondere auch von der hiesigen Rechtsprechung gilt.

Eben so wenig kann es aber bezweifelt werden, daß nach den Grundsätzen über Evictionsleistung der principale Klagantrag nicht begründet ist.

Das Belastetsein eines verkauften Grundstücks mit Hypotheken begründet für sich allein nur den Zustand drohender Eviction, bei welchem der Anspruch des Käufers, jedenfalls bei noch nicht erfolgter Besitzübertragung (wie im vorliegenden Falle), darauf geht, aber auch darauf beschränkt ist, daß er klagend die Beseitigung der Hypotheken verlangen und einredeweise — bis zur Cautionsbestellung rücksichtlich der drohenden Eviction — die Kaufgelder zurückhalten kann (exc. doli bzw. exc. imminentis evictionis), während erst nachdem durch Geltendmachung des Pfandrechts des Dritten der Evictionsfall wirklich eingetreten ist, der Anspruch sich auf das volle Interesse erweitert:

const. 5 u. 24 eod., vgl. mit const. 3 eod. u. fr. 41 pr. de contr. emt. 18, 1; Glück Comm. Bd. 20 S. 375 ff.; Bekker im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts VI. S. 323 ff.; Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft N. F. III. S. 308 ff., IV. S. 203 f.; Sintenis Civilrecht a. a. O. Note 180;

— ein Interesseanspruch, der denn allerdings unter gewissen Voraussetzungen auch die völlige Wiederaufhebung des Kaufgeschäfts begreifen kann.

Da dieser Fall wirklicher Eviction noch nicht eingetreten ist — wie denn auch die Kläger bestimmte Gründe, weshalb ihnen wegen der Belastung des erkauften Hauses mit Hypotheken die Erfüllung des Kaufcontracts nicht mehr zugemuthet werden könne, nicht beigebracht haben —, so wird . . .

für gerechtfertigt nur der eventuelle Klagantrag angesehen werden können, welcher auf Befreiung des Grundstücks von der darauf haftenden Hypothek gerichtet ist.

Freilich legt nun, wie es scheint, der vorige Richter das Hauptgewicht auf die hinzugekommene ausdrückliche Zusage der Hypothekenfreiheit, und in der That haben einige Schriftsteller die — übrigens von der ädilitischen actio redhibitoria wegen heimlicher Mängel wohl zu sondernde — sog. actio de eo quod adversus dictum promissumve sit mit der Folge, daß die Nichtgewährung der zugesagten Eigenschaft zum Rücktritte berechtige, auch auf Fälle der vorliegenden Art (Verschweigung rechtlicher Mängel) ausgedehnt:

s. Neustetel a. a. O. S. 197 f., 212 ff., 232 f.; anscheinend auch Windscheid a. a. O. Note 28; Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 222,

während anderwärts:

s. Müller Eviction S. 197; Seuffert Archiv Bd. 24 Nr. 232, Bd. 25 Nr. 206, Bd. 31 Nr. 25; Sächsische Zeitschrift für Rechtspflege N. F. Bd. 27 S. 467,

davon ausgegangen wird, daß auch in diesem Falle nur von den Grundsätzen über Evictionsleistung die Rede sein kann.

Man vergleiche übrigens auch das hier zutreffende fr. 31 de evict. 21. 2, wonach die Zusage einer nicht vorhandenen und auch nicht zu beschaffenden Eigenschaft — wie im vorliegenden Falle die Garantie der Hypothekenfreiheit, wenn sie mit dem angef. Erk. auf die Zeit des Contractsschlusses bezogen wird — nur als Versprechen des Schadensersatzes für die Nichtgewährung der Eigenschaft aufgefaßt werden soll (vgl. Windscheid a. a. O. § 321 Anm. 7; Entsch. des ROHG. Bd. 20 S. 352); desgl. fr. 41 pr. cit., woselbst — bei der Zusage der Befreiung eines Grundstücks von darauf haftenden Pfandrechten bis zu einem bestimmten Termine — nur von ex emto actio *ut liberet* die Rede ist.

Es bedarf indessen der Entscheidung dieser Frage dann nicht, wenn die grundlegende Annahme des Berufungsgerichts, daß die Gewährleistung der Hypothekenfreiheit in concr. sich auf die Zeit des Contractsabschlusses beziehe, zu verwerfen ist. Und dieses muß nach der Actenanlage angenommen werden. Zwar kann die Auslegung des angef. Erk. nicht schon von vornherein deshalb zurückgewiesen werden, weil an einer sich auf die Zeit des Contractsabschlusses beziehenden derartigen Gewährleistung der Käufer kein rechtliches Interesse habe; es ist vielmehr eine solche Beredung, zumal wenn man sie zulässigerweise dahin ausdehnt, daß die zugesagte Hypothekenfreiheit nicht bloß für jenen Moment, sondern bis zur Auflassung des Grundstücks garantirt werden solle, von nicht zu unterschätzendem Werthe für denselben, weil ihm dadurch die Anschaffung von Zahlungsmitteln wesentlich erleichtert wird. Dennoch muß dafür gehalten werden, daß die gebräuchliche und natürliche Meinung der Contrahenten bei einer derartigen Uebereinkunft lediglich die hypothekenfreie Ver-

lassung begreift, mithin solche Verabredungen auf denjenigen regelmäßig dem Abschlusse nachfolgenden Termin zu beziehen sind, an welchem der Verkäufer seinerseits zu erfüllen hat. . . .

Muß die betreffende Zusage in diesem andern Sinne verstanden werden, so folgt daraus einestheils, daß die Andeutung des angef. Erk., als sei eine geflissentliche Verschweigung der auf dem Kaufobject haftenden Hypothek indicirt, eben so wie der aus diesem dolus des Beklagten etwa abzuleitende Rescissionsanspruch, schon nach der ganzen Anlage der Klage jeden Halts entbehrt, und anderntheils, daß der principale Klagantrag auf Rescission des ganzen Handels auf die in der Klage aufgestellten Behauptungen überhaupt nicht gestützt werden kann. Ferner entbehren dann aber auch die in der Berufungsschrift der Kläger in dieser Beziehung aufgestellten andern Gesichtspunkte jeder Begründung. Von einer Mora des Beklagten kann, wenn er erst am 1. April 1877 die Hypothekenfreiheit zu prästiren hatte, und zumal er auf diesen Termin in der Vernehmlassung Erfüllung angeboten hat, nicht im Entferntesten die Rede sein; auch würde eine solche das Rücktrittsrecht vom Contracte nach der Sachlage nicht begründen[1]). Dasselbe gilt von einem den Klägern angeblich zuständigen Condictionsanspruche ob causam datorum, theils weil aus demselben Grunde die Voraussetzung zur Zeit der Klage noch gar nicht deficirt war, theils weil die in fr. 5 § 1 de praescr. verb. 19. 5, fr. 20, 27 de solut. 46. 3, fr. 167 pr. de R. J. 50. 17, const. 1, 4 de rer. permut. 4. 64 enthaltenen Rechtssätze nur bei Obligationen ad dandum eintreten, der Verkäufer aber nur das rem habere licere zu gewähren hat (vgl. Glück a. a. O. S. 381 f.; Bekker a. a. O. S. 284)."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (in der Revisions-Instanz) vom 14. Novbr. 1879 i. S. Schmitzer u. Consorten w. Staats wegen Forderung. (D.)

---

110. Einrede der Zahlung. Begründung und Beweis derselben.

Vgl. Bd. 15 Nr. 193; Bd. 23 Nr. 222; Bd. 24 Nr. 26, 197; Bd. 26 Nr. 24; Bd. 29 Nr. 279; Bd. 32 Nr. 124, 313, 357; Bd. 34 Nr. 106.

Der Kläger hatte auf den Einwand des Beklagten, daß er die eingeklagte Schuld bezahlt habe, erwidert, die Zahlung sei nicht auf diese, sondern auf andere ihm gegen den Beklagten zustehende Forderungen erfolgt. Höchstrichterlich wurde angenommen, daß der Beklagte darzulegen und zu beweisen habe: das Gezahlte sei behufs Tilgung der eingeklagten Forderung geleistet, daß von dem Kläger dagegen in diesem Proceß nicht der Beweis der von ihm behaupteten anderweitigen Forderungen verlangt werden könne. Aus den Gründen:

[1]) Vgl. Bd. 34 Nr. 14 u. d. dort. Nachw.

„Erfüllung (solutio) iſt die Leiſtung des geſchuldeten Gegenſtands von Seiten des Schuldners (oder eines Dritten für ihn) mit der (ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden) Erklärung des Willens, daß dieſe concrete Obligation getilgt ſein ſolle, und die Entgegennahme der Leiſtung von Seiten des Gläubigers (oder eines Stellvertreters deſſelben) mit der (ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden) Erklärung ſeiner Uebereinſtimmung mit der von dem Leiſtenden gegebenen Willenserklärung. — Der Schuldner hat daher zu behaupten und zu beweiſen nicht bloß, daß der geſchuldete Gegenſtand, ſondern auch, daß derſelbe mit der Erklärung dem Gläubiger gegenüber geleiſtet worden ſei, es ſolle gerade diejenige Schuld, welche der Schuldner als erfüllt darſtellt, getilgt ſein. Weil es nur concrete, individualiſirte Schuldverhältniſſe giebt, genügt auch nicht die Thatſache, daß der Gegenſtand überhaupt solutionis causa geleiſtet ſei und daß eine Obligation auf Leiſtung dieſes Gegenſtandes beſtehe; denn es giebt keine Leiſtung, welche erfolgt „im Allgemeinen", „indistincte", „erfüllungshalber". Nur ſcheinbar hiermit im Widerſpruch ſteht der Fall, wenn einem aus verſchiedenen Forderungen berechtigten Gläubiger der Schuldner eine nicht den Betrag dieſer ſämmtlichen Schulden deckende Summe leiſtet, ohne ſich darüber zu erklären, welche dieſer Schulden er dadurch tilgen wolle. Denn entweder will er dem Gläubiger die Entſcheidung überlaſſen, und dann iſt die Schuld getilgt, welche der Gläubiger bezeichnet; oder er will dem Geſetz die Entſcheidung anheimgeben, dann iſt die Schuld getilgt, welche das Geſetz als getilgt erklärt. Und auch dann tritt das Geſetz ein, wenn der Schuldner ſeinen Willen nicht genügend erklärt hat. — Die Erklärung des Willens des Leiſtenden, dieſe concrete Schuld tilgen zu wollen, kann auch ſtillſchweigend erfolgen; es kann ſich aus den begleitenden Umſtänden klar ergeben, welche Schuld der Leiſtende tilgen wolle. Es wird z. B. eine genügende ſtillſchweigende Erklärung vorliegen, wenn der den geſchuldeten Gegenſtand Leiſtende in einer dem Empfänger verſtändlichen Weiſe zu erkennen giebt, er gehe von der Annahme aus, daß nur ein Schuldverhältniß zwiſchen ihnen beſtehe."...

Erk. des RG. zu Leipzig (1. Hülfsſen.) v. 11. Novbr. 1879 in der preuß. (landrechtlichen) Sache Bleckmann w. Romberg. (Wck.)

---

111. Der Streit zwiſchen mehreren Forderungsprätendenten über ihre Berechtigung zur Einziehung der Forderung berechtigt den debitor cessus noch nicht zur gerichtlichen Depoſition* des Forderungsbetrages mit befreiender Wirkung.

*Vgl. Bd. 2 Nr. 158; Bd. 10 Nr. 240; Bd. 13 Nr. 92; Bd. 21 Nr. 27, 28; Bd. 24 Nr. 20, 21; Bd. 28 Nr. 216; Bd. 31 Nr. 21; Bd. 33 Nr. 217. — Vgl. Bd. 21 Nr. 270; Bd. 28 Nr. 25, 216; Bd. 35 Nr. 89.

„Es iſt zunächſt davon auszugehen, daß die nackte Thatſache, daß zwei oder mehrere Prätendenten auf dieſelbe Forderung Anſprüche erheben, für

ſich allein die Berechtigung des Schuldners, ſich durch Depoſition zu liberiren, nicht begründet. Allerdings kann die Frage: uter sit creditor, auch in einem Proceß unter den Prätendenten, ohne Hereinziehung des Schuldners, zum Austrage gebracht werden. Keiner der Prätendenten iſt aber genöthigt, dieſen Weg zu wählen. Wer berechtigt zu ſein glaubt, kann auch direct vom Schuldner die Zahlung fordern, und es iſt dann Sache des Schuldners, ſich über das beſſere Recht des einen oder andern Prätendenten thunlichſt Klarheit zu verſchaffen. So weit dies von thatſächlichen Umſtänden abhängt, kann er von dem gegen ihn auftretenden Prätendenten den liquiden Nachweis ſeiner Berechtigung, Legitimation, fordern. So weit es ſich um Rechtsfragen handelt, muß er ſelbſt dieſelben prüfen; er kann eine ſolche rechtliche Prüfung nicht abweiſen und mittels der Depoſition dem Gerichte bzw. einer Erörterung unter den Prätendenten zuweiſen; unbegründete rechtliche Zweifel entſchuldigen ihn nicht; wegen eines Rechtsirrthums des Schuldners kann eine Depoſition nicht als berechtigt und die Liberirung herbeiführend erachtet werden, wenn nach den liquide vorliegenden Thatſachen ein Zweifel rechtlich nicht begründet war. Im vorliegenden Falle lag es ... liquide vor, daß die Firma St. & H. die ſtreitige Forderung durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde dem Kläger cedirt hatte und daß die Denunciation an den debitor cessus ſeitens des Ceſſionars unter ausdrücklicher Zuſtimmung der Cedentin erfolgt war. Dies genügte auf den erſten Blick vollſtändig, um die Legitimation des Ceſſionars zur Einziehung der Forderung außer Zweifel zu ſtellen. Der debitor cessus konnte nicht nur, ohne irgend einer Gefahr doppelter Zahlung ausgeſetzt zu ſein, an den Ceſſionar zahlen mit der Gewißheit, dadurch liberirt zu werden, ſondern er durfte nicht mehr an die Cedentin zahlen; er würde dadurch zweifellos dem Ceſſionar gegenüber nicht liberirt worden ſein. Wenn ſolcher liquiden Legitimation des Ceſſionars gegenüber der Cedent die Zahlung des debitor cessus an den Ceſſionar mit rechtlichem Erfolge verhindern will, ſo genügt dazu nicht ein einfacher, der näheren thatſächlichen Motivirung entbehrender Widerſpruch, vielmehr muß eben ſo wie der Ceſſionar dem debitor cessus ſeine Legitimation liquide darlegen muß, auch der Cedent die thatſächlichen Momente, auf deren Grund er die auf den erſten Blick liquide Legitimation des Ceſſionars beſeitigen zu können vermeint, dem debitor cessus nicht bloß ſubſtantiirt mittheilen, ſondern auch liquide ſtellen oder ein gerichtliches Verbot der Zahlung an den Ceſſionar erwirken. So lange der Cedent nicht dasjenige thut, was geeignet iſt, den Schuldner zu überzeugen, daß er trotz der Ceſſion durch Zahlung an den Ceſſionar nicht liberirt wird, hat der Schuldner von dem Widerſpruche des Cedenten keine Notiz zu nehmen."

(Es folgt die Ausführung, daß Alles, was der Maſſeverwalter der Concursmaſſe des Cedenten vorgebracht habe, nicht geeignet geweſen ſei,

bei dem Verklagten einen Zweifel an der Berechtigung des klagenden Cessionars hervorzurufen oder seinen guten Glauben irgendwie zu erschüttern.)

„Hiernach kann der erfolgten Deposition nicht die rechtliche Wirkung der Liberation des Verklagten von seiner Schuld beigelegt werden; der Verklagte muß vielmehr verurtheilt werden, dem Kläger den unbestrittenen Betrag seiner Schuld zu bezahlen, und es bleibt dem Verklagten überlassen, den zum Depositum eingezahlten Betrag zurückzunehmen.“ [1])

Erk. des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 11. Januar 1879 in einer neuvorpommerschen Sache. Vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 24 S. 314 ff.

---

112. Bei der Compensation verzinslicher Forderungen erfolgt die Anrechnung zunächst auf das Kapital.

Vgl. Bd. 19 Nr. 140; Bd. 23 Nr. 22.

„Der klägerischen Forderung von 18 000 ℳ nebst Zinsen zu 5½ % vom 10. April 1872 trat am 1. Januar 1873 ein Gegenanspruch des Beklagten von 388 ℳ mit Zinsen zu 6 % und am 1. August 1873 ein weiterer Gegenanspruch von 258 ℳ mit Zinsen zu 6 % gegenüber, und Beklagter erklärte am 26. Septbr. 1873, daß er mit seinen Gegenforderungen compensiren wolle. Für die Ansicht der Vorinstanzen, daß die geringere Gegenforderung zunächst auf die Zinsrückstände der Forderung aufzurechnen sei, gegen welche compensirt werden soll, geben die Quellen keinen Anhalt und können die bei Zahlungen geltenden Grundsätze nicht als maßgebend betrachtet werden. Für die Frage, in welcher Weise die Aufrechnung zu erfolgen habe, muß vielmehr nach fr. 11, 12 de comp. 16. 2 und const. 4, 5 de comp. 4. 31 angenommen werden, daß sich gegenübertretende Forderungen nach der Compensationserklärung sich rückwärts vom Zeitpunct des Gegenübertretens in der Weise ausgleichen, daß die geringere Forderung sich mit dem entsprechenden Kapitalbetrage der gegenüberstehenden größeren Forderung compensirt. Denn diese Stellen lassen die Compensation ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur quoad concurrentes quantitates eintreten und die Zinsverpflichtung eius solius, quod amplius apud alterum est, fortbestehen. Dieses amplius ist aber nur der überschießende Kapitalbetrag der größeren Forderung ohne Einrechnung von Zinsen, da andernfalls die gestattete Verzinsung des Saldo einen Anatocismus verbergen würde. Hiernach ist die Beschwerde des Beklagten begründet. Seine Gegenforderungen müssen vom Zeitpunct des Gegenübertretens auf das Kapital der Klagforderung in Aufrechnung gebracht werden. Dasselbe Rechnungsresultat wird übrigens erreicht, wenn man die Klagforderung

[1]) Vgl. Deutsche Civilproceßordnung § 72.

und die Gegenforderungen bzw. vom 10. April 1872, 1. Januar und 1. August 1873 ab als verzinslich zu demselben Zinsfuß zu 5½ % annimmt und in Grundlage dieser Berechnung die Ausgleichung am Tage der thatsächlichen Leistung erfolgen läßt. Der einfacheren Berechnung wegen war hiernach zu erkennen."

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 31. März 1879 in der mecklenburg. Sache Vick w. Henschel. Entsch. des ROHG. Bd. 25 Nr. 9.

---

113. Anfechtung einer Novation wegen Ungültigkeit des früheren Schuldverhältnisses*. — Cond. sine causa auf Befreiung von einer ohne Rechtsgrund übernommenen Verbindlichkeit**.

*Vgl. Bd. 10 Nr. 153; Bd. 17 Nr. 26, 236; Bd. 28 Nr. 20 u. d. dort. Nachw. — **Vgl. Bd. 3 Nr. 307; Bd. 6 Nr. 319, 320; Bd. 8 Nr. 250; Bd. 10 Nr. 108, 153; Bd. 14 Nr. 187; Bd. 17 Nr. 208; Bd. 18 Nr. 168; Bd. 20 Nr. 276; Bd. 21 Nr. 171. Auch Bd. 33 Nr. 157; Bd. 34 Nr. 132.

Durch Vertrag zwischen dem P. M. und der A. S. wurde das zwischen ihnen früher geschlossene Eheverlöbniß als ungültig wieder aufgehoben und bestimmt, „daß kein Theil wegen desselben etwas zu gebieten" (zu leisten) habe. Hierauf wurde bestimmt: „Ueber dieses Uebereinkommen macht sich P. M. als selbständig verbindlich, daß er der A. S. eine Aversalsumme an baarem Gelde mit 1300 fl. als Entschädigung von seinem Anwesen hinausbezahlen werde."

Nachdem in den Motiven des oberstrichterlichen Erkenntnisses ausgeführt worden, daß dieser Vertrag, da durch denselben an die Stelle der Verbindlichkeit aus dem Verlöbnißvertrage die Entschädigungsverbindlichkeit gesetzt worden, als Novation aufzufassen sei, heißt es weiter:

Die Wirksamkeit einer Novation setzt nun aber voraus, daß das Schuldverhältniß, welches in ein anderes umgewandelt wurde, ein formell und materiell gültiges gewesen sei; denn war dasselbe ungültig, so existirte ein solches nicht. Es folgt dies nicht nur aus der Natur der Sache, sondern auch aus positiven gesetzlichen Bestimmungen. Nach fr. 1 pr. de novat. 46. 2 besteht die Novation in der Umänderung einer Verpflichtung in ein anderes Schuldverhältniß. Ein Schuldverhältniß ist aber nach fr. 35 § 1 de verb. obl. 45. 1 nicht vorhanden, wenn die Gesetze die civilrechtliche Wirksamkeit eines solchen ausdrücklich untersagen.

Vgl. auch fr. 137 § 6 eod. u. fr. 7 § 16 de pactis 2. 14; Holzschuher Theorie u. Casuistik 3. Aufl. Bd. 3 S. 430 zu Nr. 4 u. die dort alleg. Autoren; Windscheid Pand. § 355 Abs. 1.

Es bestimmen zwar die Gesetze, daß die gegen das alte Schuldverhältniß begründeten Einreden gegen die neue Obligation nicht geltend ge-

macht werden können (fr. 12 u. 19 de novat. 46. 2); allein hier handelt es sich nicht um eigentliche Einreden gegen eine früher bestandene Verbindlichkeit, sondern um den ... Einwand, daß gar keine Verbindlichkeit bestanden habe, sohin es an der Voraussetzung der Möglichkeit der Novation fehle.

Ganz abgesehen hiervon wäre jedenfalls diese Einrede der That nach die condictio sine causa; denn sie bezweckt die Befreiung von einer ohne Rechtsgrund übernommenen Verbindlichkeit (fr. 3 de condict. sine causa 12. 7; vgl. fr. 1 u. 2 eod.) ... Die Absicht des Promittenten, zu schenken, kann nicht vermuthet werden, ist auch von der Klägerin nicht behauptet worden.

Erk. des OAG. zu München v. 22. Februar 1868. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 33 S. 289—294. (X.)

---

114. Dolose Cession einer dem Hauptschuldner gegen den Bürgen zustehenden Forderung an den Gläubiger.

Vgl. Bd. 28 Nr. 154 u. d. dort. Nachw. Auch Bd. 30 Nr. 45.

Im Mai 1875 verbürgte sich der Beklagte für ein Darlehen des J. Schneider bei dem Kläger im Betrage von 2000 fl.; andrerseits schuldete der Beklagte selbst dem Schneider mehrere Darlehen von zusammen 550 fl. Der Beklagte war somit für den Fall, daß er die verbürgte Schuld sollte zahlen müssen, für seine Regreßforderung gegenüber dem Hauptschuldner Schneider mit einem Betrage von 550 fl. bereits gedeckt. Nun cedirte aber im Mai 1876 Schneider seine Forderung von 550 fl. an den jetzigen Kläger. Um diese Zeit war dem Cedenten und dem Cessionar bekannt, daß der Beklagte demnächst die verbürgte Schuld von 2000 fl. zu bezahlen haben werde. . . . In der That hat der Beklagte im August und Septbr. 1876 die 2000 fl. an den Kläger bezahlt. Es ist also deutlich zu erkennen, daß Schneider und der Kläger, welchem vermöge seines Forderungsverhältnisses zu Schneider und dem Beklagten aus dem Anlehen von 2000 fl., wie nach dem Inhalt der Cessionsurkunde die erheblichen Momente bekannt waren, bezweckt haben, mittels der Cession den Beklagten unter Abschneidung seiner Compensationsbefugniß zur Baarzahlung der Anlehensschuld von 550 fl. zu zwingen und ihm zu überlassen, ob und wie er für den betreffenden Theil seiner Regreßforderung bei dem (laut Vorbringens des Beklagten in schlimmen Vermögensverhältnissen befindlichen) Schneider Befriedigung erlangen könne.

Diese Manipulation war rechtswidrig. Die Zulassung der Compensation gründet sich auf ein berechtigtes Interesse des Schuldners, und wird es rechtlich als eine nicht zu duldende Chicane betrachtet, wenn Jemand

nöthigt werden will, das zu bezahlen, was man ihm sofort wieder zurück-
ben müßte. Zwischen dem Beklagten und Schneider bestand auch schon
r der Zahlung der verbürgten Schuld ein durch die Bürgschaftübernahme
egründetes obligatorisches Verhältniß. Wenn, wie hier geschehen, ein
ürge mit Zustimmung des Hauptschuldners sich dem Gläubiger verpflichtet,
o entsteht dadurch zwischen dem Bürgen und Schuldner das Rechtsver-
ältniß des Mandatsvertrags und sind die sich hieraus ergebenden Rechte
nd Pflichten der Parteien nach den Grundsätzen über Treue und Glauben
u beurtheilen. Demgemäß kann der Bürge, falls er den Gläubiger be-
ahlen muß, mit der Mandatsklage von dem Hauptschuldner Ersatz fordern,
nd auch wenn er noch nicht bezahlt hat, stehen ihm eine Reihe von Be-
ugnissen, namentlich auf Befreiung von der Schuld, oder auf Sicherstellung
bzw. auf Beibehaltung der gewährten Sicherheit, gegenüber dem Haupt-
schuldner zu. Wenn aber, wie hier der Fall, der Cedent und Cessionar
dem Schuldner Einreden bzw. die Compensationsbefugniß in rechtswidriger
Weise mittels der Cession zu entziehen suchen, so darf der Schuldner durch
in solches Verfahren rechtlich nicht benachtheiligt werden. Der Kläger
muß daher die Gegenforderung des Beklagten auch gegen sich selbst gelten
assen und da die Gegenforderung weit größer ist, als beide Klagforderungen
ammt Zinsen, so ist unter Abänderung des vorigen Urtheils der auf Be-
ahlung der Klagforderungen gerichtetete Anspruch als unbegründet ab-
uweisen.

Entscheidung des Stuttgarter Obertribunals i. S. Freybler w. Stern v. 4. Septbr. 1877. (St.)

---

115. Klage des Cessionars gegen den Cedenten wegen Ermangelung es zugesicherten hypothekarischen Vorzugsrechts der cedirten Forderung*. Vertragsaufhebung als Interesseleistung.

Vgl. Bd. 16 Nr. 204 u. d. dort. Nachw.; Bd. 26 Nr. 69; Bd. 33 Nr. 218; Bd. 34 Nr. 30 u. d. dort. Nachw.

„Die aus dem ädilitischen Edicte sich ableitenden Rechtssätze können ur Anwendung finden, wenn der Kaufgegenstand eine körperliche Sache t, und erleiden keine Ausdehnung auf den Verkauf von Rechten, also ch nicht auf den Verkauf von Forderungen (fr. 1 pr. de aedil. edicto l. 1; Windscheid Pand. 4. Aufl. § 393 Not. 1, § 397; Schlie-ann Haftung des Cedenten S. 136—138). Wenn daher der Cedent n Cessionar in Ansehung der cedirten Forderung einen bestimmten hypo-ekenrechtlichen Vorzug zugesichert und sich bei Geltendmachung der Forderung r Mangel des zugesagten Vorzugs bis zu einem gewissen Maße heraus-tellt hat“ (im gegebenen Falle waren vor der cedirten Forderung mehr rderungen, als angegeben, im Hypothekenbuch eingetragen), „so muß der

Cessionar die ihm deshalb zustehenden Ansprüche gegen den Cedenten mit der Klage aus dem Kaufvertrage verfolgen, wie solche im Gegensatze zu dem Rechte der Aedilen nach röm. Civilrecht begründet war.

Durch diese Vertragsklage vermag freilich der Cessionar unter den gedachten Umständen nur den Ersatz des Interesse zu beanspruchen, welches er daran hat, daß der cedirten Forderung keine weitern Hypothekforderungen, als solche ihrem gesammten Betrage nach in der notariellen Cessionsurkunde angegeben waren, vorgingen. Indeß kann es auch Fälle geben, in welchen der Käufer mittels der Vertragsklage (actio emti) zur Wahrung seines Interesse auf Aufhebung des Vertrags zu dringen berechtigt ist, sofern nämlich als feststehend gilt, daß dem Interesse des Käufers nur auf diesem Wege Genüge geleistet werden kann (fr. 11 § 3 u. 5 de act. emt. et vend. 19. 1; Windscheid a. a. O. § 393 Not. 9; Seuffert Pandekten § 266 Not. 2)."

Erk. des obersten Gerichtshofes für Bayern v. 21. Juli 1879. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 44 S. 312, 313. (X.)

---

116. Genus- oder Speciskauf?* — Stillschweigender Verzicht auf mittlere Art und Güte der Waare? — Befugniß zu theilweiser Redhibition**.

*Vgl. Bd. 16 Nr. 43; Bd. 19 Nr. 131; Bd. 26 Nr. 22. — **Vgl. Bd. 25 Nr. 56 u. d. dort. Nachw., Nr. 57; Bd. 26 Nr. 22 u. d. dort. Nachw. Auch Bd. 33 Nr. 214.

Der Kläger, ein Domänenpächter, hatte dem Beklagten, einem Mühlenbesitzer und Mehlhändler, geschrieben: „Falls Sie Neigung haben, meinen Weizen zu kaufen, so bitte ich Sie, Sich denselben anzusehen. Ich möchte gern bald liefern und habe einen Vorrath von ca. 3000 Himten." Beklagter telegraphirte darauf: „Biete 3000 Weizen 69 Sgr. Voldagsen. Drahtnachricht", und antwortete der Kläger telegraphisch: „Zu 7 ℳ acceptire ich. Drahtnachricht", worauf ihm Beklagter schrieb: „Unsern gestrigen Depeschenwechsel bestätigend, kaufte ich von Ihnen 3000 Himten Weizen à ℳ 280 pro 1000 Kilo frei ab Voldagsen, was hiermit bestätige." — Nunmehr lieferte der Kläger den Weizen in zwei Sendungen von 1200 und 1660 Himten. Beide Sendungen stellte Beklagter zur Disposition, weil der Weizen größtentheils feucht und mit Geruch behaftet sei, auch viele verdorbene oder schimmlige Körner zeige und bitteren Geschmack habe. Das Gericht 1. Instanz legte dem auf Zahlung des Kaufpreises klagenden Verkäufer gegenüber jenen Ausstellungen des Beklagten Beweis dahin auf, daß der gelieferte Weizen zur Zeit der Lieferung Handelsgut mittlerer Art und Güte gewesen sei, und sprach dabei aus, daß Beklagter, falls der Beweis in Beziehung auf die gesammten gelieferten Quantitäten oder doch auf einen wesentlichen und erheblich bedeutenden Theil derselben erbracht

werde, zur Bezahlung des erweislich in mittlerer Art und Güte gelieferten Theils zu verurtheilen, dagegen, falls der Weizen zu einem im Verhältniß zu dem Ganzen beträchtlichen Theile unter mittlerer Art und Güte gewesen, von der Klage zu entbinden sei.

Beide Theile erhoben Berufung. Aus den Gründen des in der Berufungsinstanz ergangenen Urtheils:

Die ... Beschwerde, mit welcher der Kläger beantragt, den Beklagten ohne Weiteres zu verurtheilen, weil der Art. 335 des allgem. HGB. auf den Kauf einer Species keine Anwendung finde, ist zu verwerfen. Wie über diese nicht unbestrittene Rechtsfrage zu urtheilen sei, kann hier dahingestellt bleiben, da so viel außer Zweifel ist, daß man den den klägerischen Ansprüchen zum Grunde liegenden Vertrag als Kauf einer Species nicht zu betrachten hat. Eine Species ist nur dann gekauft, wenn zur Zeit des Vertragsabschlusses der Gegenstand des Kaufs nach dem beiderseitigen Bewußtsein der Contrahenten fest individualisirt, von allen andern Gegenständen körperlich unterscheidbar ist. (Thöl Handelsrecht § 73.) Was nun aber die anerkannte Correspondenz der Parteien betrifft, so wäre schon die erste Mittheilung des Klägers, mittels deren er den Beklagten ersuchte, falls er Neigung habe, seinen, des Klägers, Weizen zu kaufen, sich denselben anzusehen, nur dann etwa als die Offerte eines Speciskaufs zu betrachten gewesen, wenn man darin mit Nothwendigkeit die Erklärung befinden müßte, daß Kläger seinen gesammten derzeitigen Weizenvorrath, wie solcher an einem bestimmten Orte lagere, aber auch nur diesen gesammten Vorrath zum Kaufe angeboten hätte. Denn sobald sich jene Mittheilung des Klägers auch dahin verstehen ließ, daß Kläger eintretenden Falls auch nur einen Theil des angegebenen Vorraths von ca. 3000 Himten, also z. B. 2000 Himten, zu verkaufen bereit sei, sofern ihm der Beklagte dafür ein annehmbares Gebot stelle, fiel die Annahme eines offerirten Speciskaufs von selbst hinweg, da alsdann ein aus einem Genus erst auszuscheidendes, derzeit aber körperlich noch ganz unbestimmtes Quantum angeboten sein würde. Allein jenen ersteren, ausschließlich auf den Gesammtvorrath gerichteten Sinn enthielt die fragliche Mittheilung des Klägers keinenfalls mit klarer Bestimmtheit, noch weniger die deutliche Angabe eines bestimmten Orts, wo sich dieser Gesammtvorrath befinde. Entscheidend kommt im vorliegenden Falle noch hinzu, daß jene ganze erste Zuschrift des Klägers, weil von einer Preissumme darin nicht die Rede war, noch gar nicht die wahre Offerte zu einem Kaufvertrage, sondern erst eine bloße Einladung dahin bildete, daß Beklagter seinerseits dem Kläger eine Offerte, zu kaufen, stellen möchte. Hierauf sandte nun Beklagter das Telegramm, welches dahin zu verstehen ist, daß er sich bereit erklärte, 3000 Himten Weizen à 69 Sgr. zu kaufen, also keineswegs schlechtweg und unter allen Umständen den ganzen vom Kläger auf circa 3000 Himten

angegebenen Vorrath, sondern möglicherweise nur ein geringeres Quantum, und so wenig wie dieses Telegramm, mit welchem die wirkliche Verhandlung über den Kauf selbst erst begann, eben so wenig läßt die darauf erfolgte Antwort des Klägers und die bestätigende Erwiederung des Beklagten mit irgend welcher Sicherheit die von den Contrahenten gewollte Beziehung des Handels auf eine Species in dem oben angegebenen Sinne ersehen, wie denn auch der Kläger selbst in seinen die erste Lieferung von 1200 Himten bezielenden Klaganträgen nicht die geringste auf einen Speciskauf hinweisende Andeutung gemacht hat.

... Nicht minder ist der Versuch des Klägers mißlungen, aus den besonderen Umständen des vorliegenden Falles einen Verzicht des Beklagten auf jene gesetzliche Qualität der Waare zu deduciren. Einen ausdrücklich dahin erklärten Verzicht behauptet der Kläger selbst nicht; ein stillschweigender aber würde nach bekannten Grundsätzen nur dann erfolgt sein, wenn die Handlungsweise des Beklagten einen andern Schluß als den, daß er den fraglichen Verzicht zu leisten beabsichtigt habe, nicht füglich zuließe. Dafür ist in thatsächlicher Beziehung nichts Weiteres geltend gemacht, als die schon erwähnte Correspondenz und der Umstand, daß Beklagter eine Besichtigung des Weizens ungeachtet der klägerischen Aufforderung, zu besichtigen, unterlassen habe. ... In jener klägerischen Bitte aber, den Weizen anzusehen, kann durchaus nicht mit der erforderlichen Sicherheit die Erklärung gefunden werden, daß Kläger die ihm als Verkäufer gesetzlich obliegende Verpflichtung, in Ermangelung anderweiter Verabredungen Handelsgut mittlerer Art und Güte zu liefern, von sich ablehnen wolle. Wenn Kläger wirklich beabsichtigte, nur unter der Bedingung zu verkaufen, daß er mittels einer besonderen Vertragsbestimmung, wie sie der Art. 335 in seinen Anfangsworten zuläßt, von der andernfalls ihn treffenden Verpflichtung, mittlere Art und Güte zu liefern, entbunden würde, so mußte er eine solche Vertragsbestimmung dem andern Theile mit klarer und unzweifelhafter Erkennbarkeit antragen. Als einen Antrag oder eine Bevorwortung dieses Inhalts brauchte der Beklagte die bloße Einladung zu einer Besichtigung des Weizens nicht nothwendig zu verstehen. Ganz abgesehen davon, daß ihm die Besichtigung auch zu dem Zwecke vorgeschlagen sein konnte, um sein Preisgebot darnach zu bestimmen, je nachdem er den Weizen als von mittlerer oder von noch besserer Qualität finden würde, war es beklagtischerseits jedenfalls gerechtfertigt, sich insoweit auf die bona fides des Klägers zu verlassen, daß Beklagter annahm, Kläger werde, so lange derselbe nicht deutlich und bestimmt dagegen sich verwahre, seiner regelmäßigen gesetzlichen Verbindlichkeit nachzukommen Willens sein und die Erfüllung dieser Verbindlichkeit nicht durch mehrdeutige, mißverständliche oder gar captiöse Aeußerungen von sich abzuwälzen versuchen.

... Das Gericht 1. Instanz faßt den geschlossenen Kauf in dem Maße

als ein Ganzes auf, daß entweder die ganze Lieferung oder doch ein wesentlicher und im Verhältniß zu dem Ganzen erheblicher Theil von mittlerer Art und Güte gewesen sein müsse, wenn Beklagter zur Bezahlung des Empfangbaren gehalten sein solle. Beklagter dagegen sucht den Vertrag ohne solche Einschränkung und unter allen Umständen als ein Ganzes hinzustellen, so daß er auch schon wegen Nichtempfangbarkeit eines verhältnißmäßig geringen Theils zur Zurückweisung der ganzen Lieferung befugt gewesen sei, während andrerseits der Kläger den Vertrag in jeder Beziehung als trennbar behandelt und darnach eine Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung eines jedweden empfangbaren Theils der Lieferung, möge derselbe größer oder geringer gewesen sein, anerkannt wissen will.

Der Ansicht des Beklagten stehen die Quellenbestimmungen entgegen, wonach in dem Falle, daß eine Mehrheit von Objecten mittels des nämlichen Vertrags, vollends ohne Festsetzung eines Gesammtpreises, verkauft ist, wegen Mangelhaftigkeit einzelner Objecte nicht auch die unmangelhaften Objecte redhibirt werden können, es wäre denn, daß ausnahmsweise aus besonderen Gründen, z. B. wegen wirthschaftlicher Untrennbarkeit der sämmtlichen Kaufgegenstände, eine solche Nöthigung des Käufers zur Anerkennung und Annahme auch einer bloß theilweisen Erfüllung unstattnehmig erscheine (fr. 35, fr. 38 § 14, fr. 40 pr., fr. 59 de aed. ed. 21. 1). Im vorliegenden Falle ist das Kaufobject ein durchaus trennbares, der Preis nach einzelnen Himten accordirt und vom Beklagten irgend etwas über ein aus den concreten Umständen ersichtliches besonderes Interesse nicht vorgebracht, welches er etwa dabei gehabt hätte, daß der Handel entweder in seinem ganzen Umfange oder gar nicht zur Ausführung käme. . . .

Diesemnach ist sowohl der Antrag des Beklagten unbegründet, die wegen der 1660 Himten erhobene Klage auf Grund des klägerischen Geständnisses, daß ein geringer Theil dieser Quantität unter mittlerer Güte gewesen, sofort abzuweisen, als auch der Antrag, in der Klage wegen der 1200 Himten dem Kläger den Beweis aufzulegen, daß diese ganze Sendung wenigstens Handelsgut mittlerer Qualität gewesen sei. Man muß vielmehr umgekehrt in dieser Frage dem Kläger beipflichten. Ganz abgesehen von der von vorn herein einleuchtenden Unsicherheit der Grenzbestimmung, welche nach der Auffassung der vorigen Richter gezogen werden müßte, um festzustellen, welcher Theil der klägerischen Lieferungen als ein verhältnißmäßig bedeutender und erheblicher, um eine Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung dieses Theils zu begründen, anzusehen sei, so wird auch in den allegirten Quellenstellen die Trennbarkeit eines Kaufvertrags der fraglichen Art nirgends davon abhängig gemacht, daß das Kaufobject zu einem überwiegenden oder auch nur verhältnißmäßig bedeutenden Theile empfangbar sein müsse, wenn der Käufer zu insoweitiger Annahme der Erfüllung obligirt sein solle. Im Gegentheil, das fr. 36 i. f. l. c. besagt

ausdrücklich, daß im Falle getrennter Preisvereinbarung für mehrere gemeinschaftlich verkaufte Objecte als Gegenstand des redhibitorischen Anspruchs der Preis des einzelnen fehlerhaften Objects in Betracht komme, einerlei ob dieser Preis den größeren oder den geringeren Theil des gesammten Preisbetrages bilde, woraus folgt, daß die Redhibitionsbefugniß des Käufers, sollte er auch die Lieferung zu ihrem größeren Theile als mangelhaft zurückweisen dürfen, doch immer auf die Redhibition dieses Theils des Kaufvertrags sich beschränkt, nicht aber ein Recht, deshalb auch den empfangbaren geringeren Theil zu beanstanden, in sich schließt. So wird auch in oberstrichterlichen Entscheidungen, welche diese rechtliche Trennbarkeit der Erfüllung anerkennen, ein principieller Unterschied zwischen dem Falle, wo der größere oder ein bedeutender Theil der Leistung, und dem, wo nur ein geringer Theil derselben empfangbar, nicht gemacht.

Entsch. des ROHG. Bd. 2 S. 305, Bd. 7 S. 228 f.; Seuffert Archiv Bd. 4 Nr. 24, Bd. 26 Nr. 22; vgl. auch Puchelt Commentar Bd. 2 S. 221 unter k.

Da nun die in dem angefochtenen Urtheil unter A und 1 normirten Beweise, wie die Gründe des Urtheils ersehen lassen, dem Kläger in dem Sinne auferlegt sind, daß ... irgend eine selbst nur theilweise Verurtheilung des Beklagten nur dann erfolgen solle, wenn die 1200 und die 1660 Himten Weizen erweislich zu einem beträchtlichen Theile der betreffenden Lieferungen Handelsgut mittlerer Art und Güte gewesen sind, so sind diese Beweisauflagen dem Obigen nach dahin abzuändern, daß Kläger nur zu beweisen hat, daß oder zu welchen Theilen die fraglichen Lieferungen jene Qualität gehabt haben, in dem Sinne, daß Beklagter die empfangbar gewesenen Quantitäten, gleichviel ob sie im Verhältniß zu dem Ganzen mehr oder weniger erheblich gewesen sein sollten, zu bezahlen haben wird. Selbstverständlich werden dabei nicht ganz verschwindend kleine Theile der Lieferungen in Betracht kommen können, sondern nur etwa einzelne Säcke, und es wird der demnächstigen Entscheidung über die Beweisführung zufallen, auf Grund sachverständiger Begutachtung den ermittelten Sachverhalt im Einzelnen zu beurtheilen. ...

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 28. Novbr. 1879 i. S. des Domänenpächters v. Hake zu Eggersen, Kl., w. den Mühlenbesitzer Mayer in Hameln, Bekl., wegen Forderung. (W.)

117. Haftung des Pseudo-Stellvertreters seinem Mitcontrahenten gegenüber.

Vgl. Bd. 33 Nr. 252 u. d. dort. Nachw.[1])

„Nach den Grundsätzen, welche im heutigen Rechte über die durch Stellvertreter geschlossenen Verträge gelten, entstehen aus solchen Verträgen

[1]) In Bd. 33 S. 350 Z. 5 v. u. ist statt „Bd. 31" zu lesen: „Bd. 33".

für den Stellvertreter Rechte oder Verpflichtungen eines Contrahenten auch dann nicht, wenn er fälschlich sich für den Beauftragten ausgegeben hatte. Auf Erfüllung des Vertrages kann also von dem dritten Contrahenten gegen den vorgeblich Beauftragten nicht geklagt werden. Das Rechtsverhältniß zwischen diesen beiden Personen läßt sich ohne Hinzukommen anderweitiger Umstände auch nicht dahin auffassen, daß in solchem Falle der Stellvertreter stillschweigend als Bürge für den angeblichen Auftraggeber eingetreten sei und aus diesem Grunde in seiner Stelle für die Erfüllung des Vertrages hafte. Dagegen ist in Theorie und Praxis nicht zweifelhaft, daß der Contrahent, welcher als Beauftragter fälschlich wider besseres Wissen sich ausgab, dem andern Contrahenten für das Interesse haften muß, welches dieser daran hat, daß der abgeschlossene Vertrag von dem vorgeblichen Auftraggeber erfüllt werde." . . .

Erk. des AG. zu Celle (2. Sen.) v. 6. Januar 1876. Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 10 S. 306, 307. (X.)

---

118. Derjenige, welchem ein Anspruch auf Rechnungslegung zusteht, ist berechtigt, auch vor der Rechnungslegung seine Forderungen gegen den Rechnungspflichtigen einzuklagen.

Vgl. Bd. 20 Nr. 225; Bd. 32 Nr. 319. (Auch Bd. 35 Nr. 77.)

1. In einem Erkenntnisse des RG. ist es für eine anerkannte Rechtsregel erklärt, „daß der Geschäftsherr, welcher von seinem Bevollmächtigten oder Geschäftsführer Rechnungslegung verlangen kann, hierdurch nicht behindert ist, sein Guthaben einzuklagen, bevor die Rechnungslegung stattgefunden hat, und daß es in einem solchen Falle lediglich Sache des Rechnungspflichtigen ist, seine Gegenansprüche durch Vorlegung einer Abrechnung oder auf andere Weise zu begründen und darzuthun".

Erk. des RG. zu Leipzig (1. Hülfssen.) v. 4. Novbr. 1879 in der preuß. (landrechtlichen) Sache Koch w. Reinsdorff'sche Concursmasse. (Wck.)

2. Der Beklagte R. spielte mit dem Kläger M. und Anderen gemeinschaftlich ein Lotterielos und hatte einen auf dasselbe entfallenen Gewinn erhoben. Von M. auf Auszahlung des diesem zustehenden Gewinnantheils belangt, wendete er ein, M. müsse wider ihn zunächst auf Rechnungslegung klagen. Der Einwand wurde verworfen.

„. . . Ist der Kläger im Stande, den Nachweis zu führen, daß ihm der Verklagte aus einem Gemeinschafts-, Mandats- oder Geschäftsführerverhältniß dadurch zu einer Geldleistung verpflichtet worden, daß er für ihn Gelder erhoben oder durch ungebührliche Geschäftsführung seine Pflichten verletzt hat, so verleiht dem Verklagten die aus dem betreffenden Rechts-

verhältniß zugleich entsprungene Pflicht zur Rechnungslegung nicht die Befugniß, sich jener Leistung vorläufig zu entziehen. Dies tritt unwiderleglich hervor, sofern in der Rechnungslegung nicht ein Recht, sondern ausschließlich eine die Rechte des Gegners erweiternde und nur dessen Interesse dienende Verbindlichkeit des Rechnungspflichtigen sich erblicken läßt, deren Erfüllung der Gegner zu verlangen berechtigt, aber nicht verpflichtet ist.

Aber auch bei der Annahme, die Rechnungslegung sei zugleich ein Recht des Rechnungspflichtigen, bleibt die Folgerung unhaltbar, vor der Rechnungsstellung dürfe der Gegner einen aus dem maßgebenden Rechnungsverhältniß für ihn unmittelbar entstandenen Anspruch nicht klagend verfolgen. Nirgends hat das Gesetz die Verfolgung eines solchen Anspruchs von der vorherigen Rechnungslegung abhängig gemacht (allg. Landr. Thl. I Tit. 13 §§ 61, 256; Tit. 14 §§ 135 ff.; Tit. 17 §§ 53, 219 ff.). Kann derselbe ohne letztere genügend substantiirt werden, so ist das Interesse des Rechnungspflichtigen dadurch genügend gesichert, daß dieser befugt ist, den Anspruch durch Verneinung des Fundaments oder in der Weise zu bekämpfen, daß er seine Gegenforderungen zur Geltung bringt, und zwar geeigneten Falls unter Vorlegung einer förmlichen Rechnung, welche Art der Vertheidigung möglicherweise den Proceß in einen Rechnungsproceß verwandeln mag.

Diese Ansicht . . . ist übrigens in der Doctrin und Praxis sowohl des gemeinen als des preußischen Rechts fast allgemein als die richtige vertreten (vgl. Seuffert Archiv Bd. 20 Nr. 225, Bd. 21 Nr. 234; Striethorst Archiv Bd. 3 S. 82, Bd. 42 S. 194, Bd. 67 S. 167; Entsch. des preuß. Obertribunals Bd. 13 S. 210; Entsch. des ROHG. Bd. 5 Nr. 51 S. 228, 230, Bd. 7 Nr. 101 S. 378 ff.)."

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 19. Decbr. 1873 in der preuß. Sache Rösler w. Müller. Entscheidungen Bd. 12 Nr. 107.

---

119. Vergleich: Begriff.

Ein zwischen W. und F. wegen Fahrtrechts bestandener Rechtsstreit war durch einen gerichtlich protokollirten Vergleich beendigt worden, in welchem es u. A. hieß: F. verkaufe das zur Ausübung der Fahrt seitens des W. erforderliche Areal um den von diesem zu bezahlenden Preis von 3 fl. per Decimale. Als es sich nun in einem später zwischen W. und F. entstandenen Processe fragte, ob jenem gerichtlich protokollirten Rechtsgeschäfte wirklich die Natur eines Vergleichs zukomme, verneinte das betreffende AG. diese Frage, weil sich der Vergleich nur mit dem Fahrtrechte hätte befassen, nicht aber eine Verfügung über das praedium

serviens habe treffen können. Der oberste Gerichtshof war jedoch folgender Ansicht:

Unrichtig sei es, als ob ein Vergleich nur durch Vereinbarungen über den Streitpunkt selbst getroffen werden könne. Vergleiche könnten nicht nur dadurch zu Stande kommen, daß der bestrittene Anspruch theilweise aufgegeben und theilweise anerkannt werde, sondern auch dadurch, daß der Anspruch als bestehend anerkannt aber vollkommen aufgegeben, der den bestrittenen Anspruch vollkommen aufgebende Theil aber von dem Gegner in anderer, mit dem Streitverhältnisse an sich in keiner Beziehung stehender Weise abgefunden werde. Diese Vergeltung könne in mannigfaltigster Weise geleistet werden, und zwar nicht nur dadurch, daß dem von seinem Anspruch auf eine Berechtigung Abstehenden vom Gegner ein anderes Recht auf die Sache eingeräumt, sondern auch dadurch, daß eine ganz andere Sache als jene, um welche sich der Streit drehe, eigenthümlich überlassen werde (const. 33 de transact. 2. 4; Risch Lehre vom Vergleich S. 133 ff.; Windscheid Pand. § 413 Note 9).

Das fragliche Rechtsgeschäft verliere auch dadurch nicht die rechtliche Natur des Vergleichs, daß dem Servitutprätendenten durch Ueberlassung des Eigenthums anscheinend mehr zugestanden worden sei, als er im Processe verlangt, weil er das Areal nicht unentgeltlich, sondern gegen eine Gegenleistung erhalten habe.

Erk. des obersten Gerichtshofes für Bayern v. 8. April 1870. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 44 S. 182. (X.)

---

120. Zulässigkeit der Einrede des Schiedsvertrages, auch wenn das Zustandekommen des Schiedsgerichtes nicht von vorn herein feststeht.

Vgl. Bd. 2 Nr. 47; Bd. 13 Nr. 314; Bd. 22 Nr. 139; Bd. 25 Nr. 239, 240; Bd. 26 Nr. 30, 31.

„In dem abgeschlossenen Vertrage ist bestimmt, daß das Schiedsgericht aus drei Personen bestehen soll, von denen die eine von dem jetzigen Beklagten, die andere von dem jetzigen Kläger und die dritte „vom herzoglichen Husaren-Regimente" zu wählen ist. Der Appell.-Richter hat, in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter, der letztern Bestimmung die Auslegung gegeben, daß der jeweilige Chef des herzogl. Husaren-Regiments als diejenige Persönlichkeit anzunehmen sei, welche nach der Absicht der Contrahenten die Wahl des dritten Schiedsrichters vorzunehmen habe, und deshalb den Einwand des Klägers, daß die Constituirbarkeit des Schiedsgerichts an der Unmöglichkeit der Vornahme der Wahl durch das „herzogl. Husaren-Regiment" scheitere, verworfen. Der Querulant wendet gegen diese Entscheidung ein, daß das Zustandekommen des Schiedsgerichts von der Willkür eines Dritten überhaupt nicht abhängig gemacht werden könne, zumal für

den Fall des Nichtübernehmens des Auftrags durch den Dritten weder vertragsmäßig noch gesetzlich ein Auskunftsmittel geboten sei. Allein daß die Wahl von Schiedsrichtern im Allgemeinen auch dritten Personen übertragen werden kann, ist im heutigen Rechte eben so unbestritten, wie die Rechtsbeständigkeit der Schiedsverträge überhaupt. Auch steht die bloße Möglichkeit, daß ein Schiedsgericht demnächst auf die verabredete Weise nicht werde constituirt werden können, weder der Klage auf Erfüllung des Vertrags, noch der Einrede aus dem Schiedsvertrage im Wege, sofern nur von keiner absoluten Unmöglichkeit die Rede ist; überhaupt setzt ein solcher Vertrag zu seiner Wirksamkeit in dieser Hinsicht nur voraus, daß über die Constituirung des Schiedsgerichtes in genügend bestimmter Weise Vorschriften gemacht sind:

s. namentlich Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft IX. S. 110 ff.; Seuffert Archiv Bd. 2 Nr. 47; Bd. 26 Nr. 31; Entsch. des ROHG. Bd. 2 S. 295, Bd. 17 S. 252; Sächsische Zeitschrift f. Rechtspflege N. F. Bd. 24 S. 84; Buchka u. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock Bd. 2 S. 183 f.; Neues Magazin f. hannov. Recht Bd. 3 S. 441 ff.; Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 1 S. 305 ff.

Eben so wenig kann aber in der betr. Verabredung eine nicht genügende Bestimmtheit erblickt werden, wenn, wie die Vorinstanzen auf in dieser Instanz unanfechtbare Weise festgestellt haben, als der von beiden Theilen gewollte Wähler des dritten Schiedsrichters der jeweilige Chef des Husaren-Regiments anzusehen ist (vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 17. S. 251)."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (in der Cassationsinstanz) v. 3. Decbr. 1879, i. S. Müller w. den Stadtmagistrat zu Braunschweig, w. Entschädigung. (D.)

---

121. Natur und Wirkungen der Einrede des Schiedsvertrages*; kann der auf Grund eines solchen sich für incompetent erklärende Richter solche Streitpuncte, welche an sich vor den ordentlichen Richter gehören, von Amtswegen** vorweg entscheiden?

*Vgl. Bd. 12 Nr. 81; Bd. 25 Nr. 24; Bd. 26 Nr. 32. Auch Bd. 32 Nr. 80.
**Vgl. Bd. 12 Nr. 310; Bd. 33 Nr. 338.

„Das Gericht 1. Instanz hat in Folge der Berufung des Beklagten auf den § 8 des Contracts vom 17. Juli 1868, in welchem dasselbe einen rechtsbeständigen, auch den gegenwärtigen Streitgegenstand begreifenden Schiedsvertrag findet, die Klage „als nicht zur Zuständigkeit des unterzeichneten Gerichts gehörig" zurückgewiesen. Diese Entscheidung ist in der Appellationsinstanz dahin abgeändert, daß die Klage „nicht wegen Mangels der Competenz sondern zur Zeit und in angebrachter Maße zurückgewiesen werde bis dahin

daß Dasein und Höhe des Schadens schiedsrichterlich festgestellt sein werde". Nach den Entscheidungsgründen hat damit in einer die Parteien und das demnächstige Schiedsgericht bindenden Weise festgestellt werden sollen, daß das letztere, ungeachtet an und für sich die ganze Sache der Entscheidung durch ein Schiedsgericht überwiesen gewesen sei, in Folge davon, daß in dem zwischen den Parteien durchgeführten ersten Processe die auch für diesen Proceß den Klaggrund bildende Frage nach dem Verschulden des Beklagten rechtskräftig zu Ungunsten desselben erledigt sei, lediglich darüber noch zu entscheiden habe, ob der libellirte Schaden für den Kläger entstanden sei und wie hoch er sich belaufe.

Der Beklagte findet sich durch diese Entscheidung mit Recht beschwert.

Zunächst kann dem angef. Erk. insofern nicht beigestimmt werden, als es der Einrede aus dem Schiedsvertrage nur die Bedeutung einer exceptio pluspetitionis (vorliegend sowohl ratione temporis als ratione causae) zuschreibt, also doch im Allgemeinen für den gegenwärtigen Streit die Competenz der Staatsgerichte anerkennt, wenn nur die der gerichtlichen Geltendmachung augenblicklich entgegenstehenden Anstände gehoben sein würden. Hieran ist nur so viel richtig, daß man, wenn es sich um einen Schiedsvertrag handelt, nicht von einer absoluten Unzuständigkeit des sonst competenten staatlichen Gerichtes sprechen kann; vielmehr ist eine solche nur vorläufig anzunehmen, weil der ordentliche Rechtsweg sich in Folge davon, daß das Schiedsgericht nicht constituirbar ist oder zu einem rechtsbeständigen Spruche nicht gelangt, oder wenn die Parteien sich schließlich doch noch über die Erledigung durch gerichtliche Entscheidung einigen sollten, von selbst wieder eröffnet. Aber es ist durchaus nicht ersichtlich, daß das Gericht 1. Instanz, bei welchem diese Frage offenbar nicht controvers geworden ist, mit der Abweisung der Klage wegen seiner Incompetenz etwas Anderes als eine nur vorläufige im obigen Sinne gemeint hat. . . .

Es wird nun zugegeben werden können, daß allerdings gewisse auf die Constituirung von Schiedsgerichten bezügliche Puncte, insbesondere Vorfragen, wie wenn über die Gültigkeit und die Auslegung des Compromißvertrags selbst, insbesondere über dessen Ausdehnung und damit über die Zuständigkeit der Compromißrichter Streit entsteht, als der Competenz der ordentlichen Gerichte unterworfen gelten, und daß dieselben, wenn sie nicht etwa schon in Folge davon, daß einer im ordentlichen Rechtswege erhobenen Klage die Einrede des Schiedsvertrages entgegengesetzt wird, ihre Erledigung gefunden haben, nicht nothwendig erst nach Abgabe des Schiedsspruchs, sondern auf besonderes Anrufen auch schon vorher vor den ordentlichen Gerichten zum Austrag gebracht werden können:

s. Erk. des 2. Senats des vormal. OG. zu Wolfenbüttel v. 24. Jan. 1866 i. S. Röhrig w. Fehland; Seuffert Archiv Bd. 12 Nr. 81, Bd. 26 Nr. 32; Entsch. des ROHG. Bd. 2 S. 163 f., S. 199 ff., Bd. 4 S. 138, 142, Bd. 8 S. 226 f., Bd. 12 S. 423, —

obwohl dies Letztere nicht allgemein anerkannt wird (s. z. B. Sächsisch Zeitschrift f. Rechtspflege N. F. Bd. 36 S. 140 ff.). Aber auch wenn man zugestehen wollte, daß die erst in dem angef. Erk. angeregte und zu Gunsten des Klägers entschiedene Frage: ob hinsichtlich der klagbegründenden Thatsachen eine das Schiedsgericht bindende bzw. selbst dessen Competenz beschränkende res iudicata vorliege:

vgl. Glück Commentar Bd. 6 S. 99; Sintenis Civilrecht 2. Aufl. II. § 107 Not. 90 u. 133, S. 494 u. 497 und das dafür angeführte cap. 11 X. de arbitris 1. 43, mit Windscheid Pand. II. § 416 Not. 5,

zu dieser Kategorie von Puncten zu rechnen, und daß auch der im Uebrigen seine eigene Incompetenz wegen einer liquiden Einrede des Schiedsvertrages aussprechende Richter nicht absolut unfähig sei, dergleichen dem ordentlichen Rechtsgange verbleibende Puncte zugleich mit jenem Ausspruche zu entscheiden, so muß doch dem Appell.-Richter die von ihm ausgeübte Befugniß, die obige Frage ohne Anrufen einer der Parteien von Amtswegen in seinen Bereich zu ziehen und vorweg zu entscheiden, durchaus abgesprochen werden. Dazu kommt noch, daß über die Grundlagen derselben: ob nämlich die Identität des dem vorliegend verfolgten Anspruche zu Grunde liegenden Klaggrundes mit dem im Vorprocesse zu Grunde gelegten Klagfundamente wirklich vorhanden sei und ob für die Annahme einer res iudicata schon diese Identität für sich allein ausreiche, im 1. Verfahren jedenfalls nicht mit Rücksicht auf diese angebliche Wirkung und in der Berufungsinstanz nach Lage der Acten gar nicht verhandelt, noch weniger aber eine Beschwerde seitens des Klägers darüber, daß die betreffende Beschränkung der schiedsrichterlichen Befugnisse nicht ausgesprochen worden, aufgestellt ist.

Muß daher diese Frage aus dem gegenwärtigen Verfahren zurückgewiesen werden, so ist, wie der Revident beantragt hat, das 1. Erkenntniß, welches, indem es im Allgemeinen die — wenn auch möglichenfalls nur vorläufige — Incompetenz des staatlichen Richters ausgesprochen hat, über dieselbe weder hat entscheiden wollen noch können, wieder herzustellen."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (in der Revisionsinstanz) v. 3. Decbr. 1879 i. S. Müller w. den Stadtmagistrat zu Braunschweig wegen Entschädigung. (D.)

---

122. Wegfall der Einrede der Vorausklagung wegen arglistigen Ableugnens der Bürgschaft; Begründung der Arglist.

Vgl. Bd. 32 Nr. 137.

R., als Bürge auf Zahlung belangt, stellte die vom Kläger behauptete Uebernahme einer Bürgschaft in Abrede und schützte eventuell die Einrede der Vorausklagung vor. Das Gericht legte dem Kläger über die Be

bürgung des Beklagten Beweis auf und verwarf die Einrede, weil nach analoger Anwendung des fr. 10 § 1 de fideiussor. 46. 1 die Rechtswohlthat der Vorausklage wegfalle, wenn der Bürge die Bürgschaft argliſtig ableugne, und weil Letzteres hier anzunehmen ſei, wenn dem Beklagten ſeine eigene Bürgſchaftseingehung nachgewieſen werde.

Die dieſerhalb erhobene Beſchwerde des Beklagten ward für erheblich erachtet.

Gründe: Wenn das Gericht 1. Inſtanz die vom Beklagten vorgeſchützte exceptio excussionis ſchon deshalb zurückgewieſen hat, weil angenommen werden müſſe, daß Beklagter die Bürgſchaftsübernahme argliſtig abgeleugnet habe, wenn dargethan werde, daß ſie dennoch geſchehen ſei, ſo kann dieſes für zutreffend nicht gehalten werden. Darin wird allerdings dem erſten Richter beizupflichten ſein, daß nach der Praxis in analoger Anwendung des fr. 10 § 1 de fideiussor. 46. 1 beim argliſtigen Ableugnen der Bürgſchaft die Einrede der Vorausklage in Wegfall kommt. Allein ein argliſtiges Ableugnen iſt nicht ſchon dann in jedem Falle anzunehmen, wenn das Gericht zu der Ueberzeugung gelangt, daß die Uebernahme einer Bürgſchaft, trotz des Beſtreitens des Bürgen, ſtattgehabt habe, da ſehr wohl möglich iſt, daß der Bürge ſelbſt die von ihm gebrauchten Ausdrücke als eine Bürgſchaft enthaltend nicht angeſehen und in gutem Glauben gemeint hat, daß er durch dieſelben nicht rechtsgültig verpflichtet worden ſei. Im vorliegenden Falle ſind jedoch Thatſachen, welche ein argliſtiges Ableugnen der Bürgſchaft ſeitens des Beklagten annehmen ließen, nicht behauptet oder ſonſt hervorgetreten, daher die an ſich offenbar begründete exceptio excussionis zuzulaſſen iſt.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 21. Novbr. 1879 i. S. Wellhauſen w. Richter wegen Forderung. (W.)

---

123. Wirkung des Eigenthumsvorbehalts an verkauften, zur Weiterveräußerung beſtimmten Sachen. Rechtliche Natur des Eigenthumsvorbehalts.

Vgl. Bd. 1 Nr. 188, 319; Bd. 2 Nr. 10; Bd 6 Nr. 146, 147; Bd. 7 Nr. 151; Bd. 10 Nr. 14; Bd. 23 Nr. 135; Bd. 25 Nr. 241, 242, 243; Bd. 32 Nr. 236.

Der Uhrmacher U. hatte ſein Geſchäft mit Werkzeug und einem Waarenlager von Uhren an den Uhrmachergeſellen S. verkauft unter Vorbehalt des Eigenthums an den verkauften Gegenſtänden bis zur Berichtigung des in beſtimmten Friſten zu zahlenden Kaufpreiſes. In dem ſpäter gegen S. eröffneten Concursverfahren liquidirte U. einen Kaufgeldsreſt und machte auf Grund des Eigenthumsvorbehalts in Anſehung derjenigen der von ihm an S. verkauften Uhren, welche dieſer noch nicht wieder verkauft hatte, das Separationsrecht geltend. Weil dieſes im 2. Rechtszuge

war anerkannt worden, wurde Nichtigkeitsbeschwerde erhoben; es wurde dieselbe jedoch verworfen. In den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

Es gehe die Nichtigkeitsbeschwerde davon aus, daß der in einem Kaufvertrage zu Gunsten des Verkäufers verabredete Eigenthumsvorbehalt keine Kraft haben könne, wenn der Verkäufer die in dem Eigenthumsrechte seinem Begriffe nach enthaltenen Befugnisse auf den Käufer übertrage, also insbesondere die Befugniß über die Kaufsache willkürlich zu verfügen, weil solchen Falles die dem Käufer an der Kaufsache eingeräumten Rechte das Eigenthum des Verkäufers an dieser außer Wirksamkeit setzten. Diese Aufstellung sei wohl vornehmlich darauf berechnet, daß einem Eigenthumsvorbehalte in Bezug auf die Uebertragung des Eigenthums die Eigenschaft einer aufschiebenden Bedingung beigelegt und nicht die Wirkung einer auflösenden Bedingung zugeschrieben werde, da ja unter der letztern Voraussetzung der Käufer bei gestundetem Kaufpreise mit der Uebergabe der Sache sofort Eigenthümer derselben werde und bis dahin, wo mit dem Eintritte der Bedingung das Eigenthum an den Verkäufer zurückfalle, die von der Beschwerde beanstandete Trennung des Eigenthumsrechtes an der Kaufsache und der Befugniß zur Weiterveräußerung überhaupt nicht stattfinde. Sofern nun im einzelnen Falle nicht thatsächlich festgestellt sei, daß der Wille der Parteien mit dem Eigenthumsvorbehalte hinsichtlich der Eigenthumsübertragung die Setzung einer Resolutivbedingung bezielt habe, gehe allerdings für das gemeine Recht die in Theorie und Praxis vorwiegende Auffassung dahin, daß ein solcher, einem Kauf einverleibter Vorbehalt, auch bei gestundetem Kaufpreise, den Uebergang des Eigenthums bis zur Erfüllung der Bedingung, nämlich bis zur Zahlung des Kaufpreises aufschiebe (Vangerow Pand. 7. Ausg. Bd. 1 § 311 Anm. 2; Goldschmidt Handelsr. Bd. 1 § 81 Not. 29; Puchta Vorl. § 148; Holzschuher Theorie 3. Ausg. Bd. 2 § 105 Ziff. 6; Göschen Vorl. Bd. 2 § 277; Seuffert Archiv Bd. 2 Nr. 10, Bd. 7 Nr. 151; Samml. Bd. 6 S. 153). . . . Lasse man sonach auch gelten, daß dem verabredeten Eigenthumsvorbehalt an und für sich die Eigenschaft einer Suspensivbedingung rechtlich zukomme, so stehe doch selbst bei solcher Sachlage die aus dem fraglichen Kaufvertrage gefolgerte Befugniß des Käufers, einzelne Uhren je nach sich darbietender Gelegenheit bei dem Betriebe des Uhrmachergeschäfts weiter zu verkaufen, nicht im Widerstreite mit einem fortdauernden Eigenthume des Verkäufers an denjenigen Uhren, welche S. nicht weiter veräußert, sondern bis zur Ganteröffnung in seinem Besitze behalten habe. Denn der Verkäufer könne zwar das Eigenthum an den durch den Käufer an dritte Personen weiter veräußerten Sachen schon deshalb nicht mehr in Anspruch nehmen, weil er zu solcher Weiterveräußerung im Voraus seine Zustimmung ertheilt habe. Gleichwie aber derjenige, welcher einem

ndern eine Anzahl von Sachen auf Ruf und Widerruf zum Besitz über=
ısse, dadurch, daß er dem Besitzer zugleich die Befugniß einräume, ein=
:lne Sachen bei sich etwa darbietender Gelegenheit zu veräußern, an dem
Widerruf des Besitzes und an der Zurücknahme derjenigen Sachen nicht
ehindert werde, welche der precaristische Besitzer nicht veräußert habe, so
önne auch der Verkäufer bei dem Fehlschlagen der Bedingung, von welcher
er Eigenthumsübergang auf den Käufer abhängig gemacht sei, das Eigen=
hum an den im Besitze des Käufers noch vorhandenen Kaufsachen zur
Geltung bringen, selbst wenn dieser ursprünglich zur Weiterveräußerung
inzelner Sachen ermächtigt gewesen, da die Befugniß des Käufers hierzu
mit dem Fehlschlagen der Bedingung dem Eigenthume des Verkäufers
weichen müsse und dessen Geltendmachung nicht zu beeinträchtigen vermöge.
Erk. des obersten Gerichtshofes für Bayern v. 23. Juni 1879. Blätter
f. Rechtsanw. Jahrg. 44 S. 261 ff. (X.)

---

124. Interdictum quod vi aut clam. Beschaffenheit des Verbots*. Verbietungsrecht**.

Vgl. Bd. 8 Nr. 51; Bd. 19 Nr. 234; Bd. 30 Nr. 249. — **Vgl. Bd. 34 Nr. 121 u. d. dort. Nachw.

„Wenngleich schon ein Bauen gegen Verbot als ein vi factum er=
heint (fr. 1 § 5, fr. 20 § 1 quod vi aut clam 43. 24), so ist doch ein
lches Verbot in der Behauptung der Klage: daß er gegen die Ausführung
nd Vollendung der Bauten mehrfach protestirt habe, nicht genügend sub=
antiirt, da weder behauptet ist, daß der Protest gegenüber dem Beklagten,
och daß er vor Beginn des Baues erfolgt sei, ein später eingelegtes
erbot aber nicht den gestellten Antrag auf Beseitigung des ganzen Baues
chtfertigen würde (fr. 1 pr. § 1, fr. 15 § 7 eod.).

. . . Mit der neueren Theorie und Praxis:

vgl. Francke im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 22 S. 350 ff.; Stölzel d. L. v. d. op. novi nunciatio etc. § 54; Karlowa Beitr. z. Gesch. d. röm. Civilproc. S. 90 ff. u. Windscheid Pand. II. § 465 Not. 6 u. 18, sowie Seuffert Archiv Bd. 21 Nr. 236, Bd. 22 Nr. 47, Bd. 26 Nr. 33, Bd. 33 Nr. 30,

l auf Grund namentlich der fr. 21 de aqua et aquae pluv. 39. 3, fr. 11
14, fr. 16 pr. h. t. 43. 24 anzunehmen, daß das interdictum quod vi
t clam auf Seiten des Klägers ein Rechtsverhältniß voraussetzt, welches
ı sich — abgesehen von etwaigen Gegenrechten — die materielle Unrecht=
ßigkeit der vom Beklagten vorgenommenen Handlung begründet." . . .
Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 21. Februar 1879 i. S.
Wrede w. Graßhoff wegen Eigenthumsbeeinträchtigung. (D.)

---

125. Interdictum quod vi aut clam; Besitz ist keine Voraussetzung für die Anstellung desselben.

Vgl. Bd. 34 Nr. 121 u. d. dort. Nachw.

„Die Nichtigkeitsbeschwerde wirft dem angef. Erk. Verletzung der über das interdictum quod vi aut clam geltenden Grundsätze . . . vor. Insbesondere soll die Vorentscheidung nichtig sein, weil sie die Klage zugelassen habe, obwohl dieselbe nicht auf den Besitz des Klägers an dem streitigen Terrain gestützt worden sei. Allein zum Beweise der Unrichtigkeit dieses Vorwurfs bedarf es nur der Bezugnahme auf fr. 16 pr. quod vi aut clam 43. 24: competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest; steht doch das Interdict, wie der Querulant selbst anerkennt, dem Eigenthümer als solchem, steht es doch selbst dem Pächter zu (fr. 12, fr. 13 pr. eod.). Es ist mithin Besitz auf Seiten des Klägers nichts weniger als unumgängliche Voraussetzung dieser Klage, welche, insbesondere in ihrer Richtung gegen den Thäter selbst, nur als eine Delictsklage aufgefaßt werden kann (fr. 5 de interdict. 43. 1; Schmidt das Interdictenverfahren d. Römer S. 38, 192), und als Mittel zum Besitzesschutze nach neuerer Ansicht neben dem in der Regel ausreichenden interdictum uti possidetis seine Bedeutung in der Gegenwart so gut wie ganz verloren hat (Stölzel in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik VIII. S. 144 ff., 171 ff.)."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (in der Nichtigkeitsinstanz) v. 10. Novbr. 1879 i. S. Rust w. Plagge wegen Veränderung der Grenze. (D.)

---

126. Aquae pluviae arcendae actio; Culturarbeiten.

Vgl. Bd. 7 Nr. 46 b; Bd. 17 Nr. 48.

Durch eine von A. über seinen Acker gezogene, den früheren Wasserablauf verändernde Furche wurde das auf diesem sich sammelnde Regenwasser auf das unterhalb gelegene Grundstück des B. geleitet, und glaubte Ersterer, daß Letzterer dieses dulden müsse, weil die Furche im Interesse der Bewirthschaftung seines Ackers gezogen sei. Der oberste Gerichtshof billigte diese Ansicht nicht, weil in fr. 1 § 3 de aqua 39. 3 die actio aquae pluviae arcendae nur hinsichtlich solcher Werke ausgeschlossen werde, welche zum Behufe des Landbaus mit dem Pfluge gemacht würden, hier aber thatsächlich feststehe, daß der fragliche Graben nicht mit dem Ackerpfluge allein habe hergestellt werden können; ferner weil die Wasserfurche keineswegs zur Fruchtgewinnung nothwendig, vielmehr der frühere Wasserablauf dazu am tauglichsten gewesen sei.

Erk. des obersten Gerichtshofes für Bayern v. 17. Juni 1874.

Anmerkung. Die obige Beschränkung auf das Werkzeug (den Pflug) bei Culturarbeiten erscheint nicht gerechtfertigt. Es handelt sich um übliche Culturarbeiten überhaupt,

die als solche nicht als opus manufactum erscheinen, sondern als ein Ausfluß der im Eigenthume liegenden Berechtigung zur ordnungsmäßigen Benutzung der Sache. Es ist dies im fr. 1 § 8 u. 15 de aqua 39. 3 klar ausgedrückt (nisi si agri colendi causa factum sit). Die Erwähnung des Pfluges im § 3 dieses Fragments kann daher nur als Beispiel der Culturarbeiten aufgefaßt werden. Ferner fällt nach fr. 2 § 9 eod. sogar die Abhaltung schädlichen Wildwassers von dem Grundstücke zum Zwecke der Cultur (ne noceat) nicht in den Bereich der aquae pl. arc. actio. Es wäre auch nicht einzusehen, warum nur die Culturarbeit mit einem bestimmten Werkzeuge der Klage entrückt sein soll, zumal viele Grundstücke eine Cultur mit dem Pfluge gar nicht gestatten. Wasserabzugsgräben fallen aber schon ihrem Zwecke nach unter die Klage (fr. 1 § 9 eod.).

Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 39 S. 248.

---

127. Ueber die Befugnisse und civilrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen Militärbefehlshaber, auf welche während eines nach Art. 68 der Deutschen Reichsverfassung erklärten Kriegszustandes die vollziehende Gewalt übergegangen ist.

Als nach der Schlacht bei Sedan der Ausschuß der socialdemokratischen Arbeiterpartei, welcher in Braunschweig seinen Sitz hatte, ein vom 5. Septbr. 1870 datirtes Manifest erlassen hatte, in welchem zu Agitationen für milde Friedensbedingungen und gegen den Anschluß von Elsaß-Lothringen aufgefordert wurde, ließ der Generalgouverneur der Küstenlande, General Vogel v. Falkenstein, die fünf Mitglieder jenes Ausschusses und einige andere Personen — am 9. Septbr. 1870 — militärisch verhaften und in Lötzen interniren, von wo dieselben, der Mehrzahl nach, am 14. Novbr. 1870 auf Grund eines gerichtlichen Haftbefehls vom 7. f. M. nach Braunschweig in die dortigen Gefängnisse zurücktransportirt wurden. Die meisten der Internirten erhoben demnächst auf Grund des braunschweigischen Gesetzes vom 4. Juli 1851 Nr. 27 unter 2 gegen den gedachten General Klage auf Entschädigung und Genugthuung, welche in der höchsten Instanz auch in sämmtlichen Sachen als begründet anerkannt wurde. Einem dieser Erkenntnisse entnehmen wir Folgendes:

„Und zwar wird A. nicht angenommen, daß die Erklärung des Kriegszustandes selbst, wie sie in der Verordnung vom 21. Juli 1870 (Reichsgesetzblatt S. 503) enthalten ist, aller der im § 3 des preuß. Gesetzes vom 4. Juni 1851[1]) vorgeschriebenen Formen der Bekanntmachung, um Wirksamkeit zu erlangen, bedurft habe, weil diesen Vorschriften nicht mehr als eine reglementarische Bedeutung zuzuschreiben ist (s. auch v. Rönne das Staatsrecht der preuß. Monarchie 2. Aufl. I. 1 § 101 S. 158 Anm. 4).

---

[1]) Abgedruckt in der braunschw. Verordnungssamml. 1870 S. 441 ff.

Die Entscheidung wird vielmehr B. auf folgende Puncte gestützt:

1. Durch die gedachte — nach Art. 68 der (damals gültigen) Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 26. Juli 1867 nur dem Bundesfeldherrn zuständige — Proclamirung des Kriegszustandes d. d. 21. Juli 1870, welche am 23. Juli s. J., als dem Tage der Verkündigung, wirksam wurde, trat in dem hier in Betracht kommenden, auch das Herzogthum Braunschweig begreifenden Bezirke ohne Weiteres der in dem preuß. Gesetze vom 4. Juni 1851 näher geregelte Rechtszustand in Kraft. Diese Regelung besteht u. A. darin, daß mit der betreffenden Bekanntmachung die vollziehende Gewalt an die Militärbefehlshaber übergeht (§ 4), jedoch der Art, daß eben nur ein Wechsel des Subjects der vollziehenden Gewalt, nicht eine Veränderung, insbesondere eine Steigerung dieser letzteren selbst ohne Weiteres eintritt, so daß auch der Militärbefehlshaber ꝛc. an die Verfassung und die Gesetze des ihm untergebenen Gebietes gebunden bleibt, insoweit das den Belagerungs-, jetzt Kriegszustand regelnde Gesetz nicht ausdrücklich ein Anderes vorschreibt. Letzteres ist jedoch, was insbesondere das Verhältniß zur Civilbevölkerung betrifft, nur insofern der Fall, als a) während des Belagerungszustandes hinsichtlich bestimmter Verbrechen und Vergehen die bestehenden Strafgesetze durch andere, schärfere ersetzt werden (§§ 8 u. 9) und, was hier allein in Betracht kommt, b) es für zulässig erklärt wird, bei Erklärung des Kriegszustandes gewisse, die Gewähr der persönlichen Freiheit und der Unverletzlichkeit der Wohnung, das Recht, dem gesetzlichen Richter nicht entzogen zu werden, die Preßfreiheit, das Versammlungs- und Vereinsrecht, endlich die Verwendung der bewaffneten Macht im Innern betreffende Verfassungsartikel in einer dem § 3 des Gesetzes entsprechenden Form außer Kraft zu setzen (§ 5), wobei es nach Art. 68 der Bundesverfassung außer Zweifel ist, daß diese Befugniß in den vom Kriegszustande betroffenen nichtpreußischen Gebietstheilen sich auf die entsprechenden dort geltenden Verfassungsbestimmungen erstreckt.

Der Beklagte hat das durch Allerhöchsten Erlaß vom 22. Juli 1870, welcher die — „zur weiteren Sicherung und Festigung des Zusammenwirkens der Militär- und Civilbehörden" verfügte — Einsetzung von fünf Generalgouvernements betrifft (braunschw. Verordnungssamml. S. 437 ff.), eingesetzte Amt eines Generalgouverneurs für die sämmtlich in Kriegszustand erklärten Bezirke des 1., 2., 9. und 10. Armeecorps übertragen erhalten; zugleich wurde er, mit der Obliegenheit, die militärische Sicherheit in den zu seinem Befehlsbereiche gehörigen Landestheilen zu erhalten, mit dem Oberbefehl (im Wesentlichen) über alle in den Bezirken der betreffenden Armeecorps dislocirten Truppen und mit der Leitung sämmtlicher Militärangelegenheiten betraut (Nr. 1 – 4 des Erlasses). Unzweifelhaft ging nun die vollziehende Gewalt, und zwar auch im Herzogthum Braunschweig, nach dem mehrcitirten § 4 ohne Weiteres auf den

Beklagten über, wie dies auch in dem Erlasse ausdrücklich ausgesprochen ist. Allein es darf nicht übersehen werden, daß der Grund dieses Uebergangs nicht seine Eigenschaft als Generalgouverneur (ein Amt, welches das Gesetz nicht kennt und welches Träger der vollziehenden Gewalt nach § 4 desselben nur dann sein kann, wenn der Inhaber zugleich der Militärbefehlshaber ist), sondern seine Eigenschaft eben als oberster Befehlshaber war, und daß somit die versuchte Unterstellung, als habe der Beklagte von vorn herein eine doppelte Stellung gehabt, die eines Generalgouverneurs mit den Attributen der vollziehenden Gewalt, wie sie das Gesetz über den Belagerungszustand regelt, und die eines Militärbefehlshabers mit andern selbständigen Functionen, und sei deshalb in der letzteren Eigenschaft zu Maßnahmen befugt gewesen, welche er in der ersteren Eigenschaft wegen der Vorschriften dieses Gesetzes nicht habe vornehmen dürfen, als völlig haltlos erscheint (vgl. auch Nr. 6 und 7 des Erlasses, wo den Generalgouverneuren im Allgemeinen und insbesondere auch hinsichtlich der Berechtigung zur Suspension von Verfassungsartikeln die in dem betreffenden Gesetze den „commandirenden Generalen" zukommenden Befugnisse beigelegt werden).

2. Der Beklagte kehrt denn auch mehr einen andern Gesichtspunct hervor, indem er die Befugnisse, welche ihm als einfachem, jedoch mit den Attributen der vollziehenden Gewalt bekleidetem Militärbefehlshaber das Gesetz abspricht oder nur unter der Voraussetzung der Suspension von Verfassungsartikeln zuspricht, schon allein dadurch erlangt haben will, daß er zugleich „kriegführender" Befehlshaber gewesen sei, und indem er versucht, die gegen die Führer der socialdemokratischen Partei in Braunschweig ergriffene Maßregel der militärischen Internirung eben als eine Maßregel der activen Kriegführung hinzustellen und damit unter den Begriff der von aller gesetzlichen Gebundenheit befreienden Kriegsregel zu bringen. Diese Rechtfertigung stimmt also im Wesentlichen überein mit der in dem bekannten Erlasse des Bundeskanzlers an den Oberpräsidenten v. Horn vom 28. Septbr. 1870 enthaltenen Auffassung, welche in den Worten gipfelt:

> „Diese ausnahmsweisen Rechte und Pflichten des Staates (bezüglich der Zerstörung von Privateigenthum ꝛc. im Kriegsfalle) werden da niemals in Frage gestellt, wo der unmittelbare Schauplatz des Krieges ist Der ihnen zu Grunde liegende Rechtsgedanke ist aber von der Oertlichkeit unabhängig."

und welche eine fast einmüthige Zurückweisung in den beiden Sitzungen des Reichstages vom 3. und vom 10. Decbr. 1870 gefunden hat (Stenogr. Berichte S. 47 ff., S. 173 ff.).

In der That kann von den hierauf bezüglichen Ausführungen nach Lage der Gesetzgebung — und abgesehen von der Frage, ob diese zweckmäßig ist — als wohl begründet fast nichts weiter angesehen werden, als der Satz: inter arma silent leges, aber auch dieser nur in der aus der

Natur der Sache sich ergebenden Begrenzung, daß derselbe örtlich auf das Kriegstheater sich beschränkt und einen Act eigentlicher Kriegführung zur Voraussetzung hat.

a) Daß nicht schon der wirkliche Ausbruch des Krieges — für sich allein — dem gesetzlich geregelten Kriegszustande ein Ende macht und den mit den betreffenden Functionen bekleideten Militärbefehlshaber zur Vornahme jeder beliebigen Maßregel, wenn sie nur mit Rücksicht auf Kriegszwecke angeordnet wird, berechtigt, ergiebt sich aus den §§ 1 und 2 bzw. § 16 des preuß. Gesetzes vom 4. Juni 1851 in Verbindung mit Art. 68 der Bundesverfassung auf das Unzweideutigste, da dort als einer der beiden Fälle, in welchen überhaupt die Proclamirung des Belagerungszustandes zulässig sein soll, gerade der Fall des Krieges (mit einer auswärtigen Macht) aufgeführt und der Kriegszustand des Art. 68 an eben dieselben Voraussetzungen geknüpft und mit denselben Wirkungen verbunden ist, welche für den Belagerungszustand aufgestellt sind. Eben so wenig kann aber

b) von den durch das Gesetz über den Belagerungszustand vorgeschriebenen Beschränkungen der Vollmachten der Militärbefehlshaber abgesehen werden und die reine Kriegsregel eintreten schon dann, wenn der Befehlsbezirk eines solchen, für den eintretenden Fall auch mit der Leitung der Kriegführung selbst beauftragten Obercommandanten bereits von dem Feinde bedroht ist; denn der § 1 dieses Gesetzes giebt auch unter diesen Umständen und selbst wenn der Bezirk vom Feinde schon theilweise besetzt ist, nur die Befugniß, das Gebiet in Belagerungszustand zu erklären, also den gesetzlich regulirten Kriegszustand eintreten zu lassen. Auch der auf den hier in Betracht kommenden Krieg bezügliche Allerhöchste Erlaß vom 22. Juli 1870 (Nr. 6 u. 7) erwähnt, obwohl diejenigen Gebiete, in denen der Kriegszustand erklärt war, und insbesondere gerade das Generalgouvernement der Küstenlande mit dem Sitze in Hannover, welchem der Beklagte vorstand, zu jener Zeit unzweifelhaft als vom Feinde direct bedroht galten, als auf den Generalgouverneur übergehende Befugnisse keine andern als die in dem betreffenden Gesetze vom 4. Juni 1851 den Militärbefehlshabern (im Erlasse: „den commandirenden Generalen") überwiesenen Befugnisse, wie denn auch gerade die Berechtigung, im Falle der Noth zur Suspension der namhaft gemachten Artikel der preuß. Verfassung zu schreiten, in der nach Art. 68 der Bundesverfassung zulässigen Anwendung auf die analogen Verfassungs- resp. Gesetzesbestimmungen anderer deutscher Staaten, als eine besondere Befugniß der Generalgouverneure hervorgehoben wird. Hieraus folgt, daß die damalige Anschauung der entscheidenden Stellen keine andere gewesen sein kann, als die eben hervorgehobene.

c) Nicht einmal dann erklärt endlich das Gesetz den militärischen Befehlshaber von den Bestimmungen desselben losgelöst, wenn die Gefährlichkeit der Lage durch den Ausbruch eines innern Aufruhrs gesteigert wird, da nach § 2 für den Fall eines Aufruhrs, sei es in Kriegs-, sei es in Friedenszeiten, wiederum nur der durch das Gesetz geregelte Kriegszustand eintreten soll.

Das Gesetz geht hiernach offenbar von der anscheinend auch wohlbegründeten Voraussetzung aus, daß die für den Fall eines Krieges oder Aufruhrs den Befehlshabern in den dem Belagerungszustande unterworfenen Bezirken ertheilten Befugnisse, welche eben durch die Möglichkeit der Suspendirung einer Reihe der wichtigsten Grundrechte einer Steigerung fast in das Ungemessene fähig sind, für den Zweck, alle Kräfte zur Besiegung des äußern oder innern Feindes oder Beider dienstbar zu machen und in Einer Hand zu concentriren, unter allen Umständen ausreichend sind; und es folgt mit Nothwendigkeit aus den Dispositionen des Gesetzes theils, daß die für Zwecke der Kriegführung oder Unterdrückung eines Aufstandes für nothwendig oder zweckmäßig erachteten Maßregeln nicht schon deshalb die besondere, vom Beklagten beanspruchte Qualification erlangen können, weil sie diesen Zwecken zu dienen geeignet oder bestimmt sind, theils daß von dem Waltenlassen des eigentlichen Kriegsrechts einzig und allein insofern die Rede sein kann, als es sich um Acte actueller Kriegführung, sei es gegen den auswärtigen Feind, sei es behufs gewaltsamer Niederwerfung eines im Innern ausgebrochenen Aufstandes, handelt. Daß aber die von dem Beklagten gegen den Kläger und seine Genossen getroffene Maßregel der Internirung, wenngleich sie nicht bloß im Interesse der innern Sicherheit, sondern ganz speciell wegen eines der Agitation derselben beigemessenen nachtheiligen Einflusses auf die Führung des Krieges angeordnet sein mag, zu der letzteren Kategorie nicht zu rechnen ist, wird mit Rücksicht auf die desfallsigen zur Sievers'schen Sache gegebenen Ausführungen eines ferneren Beweises nicht bedürfen. Nicht minder muß es als selbstverständlich bezeichnet werden, daß die Frage, ob eine bestimmte Maßregel als ein Act factischer Kriegführung zu betrachten sei, nicht von dem subjectiven Ermessen des Militärbefehlshabers abhängig zu machen, sondern lediglich nach objectiven Kennzeichen zu beurtheilen ist (vgl. Seuffert Archiv Bd. 5 Nr. 288; Sächs. Zeitschr. f. Rechtspflege N. F. Bd. 13 S. 361).

Die Eigenschaft des Beklagten als eines solchen militärischen Befehlshabers, welcher derzeit eventuell auch zur activen Kriegführung berufen war, ist daher für die vorliegende Rechtsfrage ohne alle Bedeutung.

3. Durch Zugeständniß des Beklagten steht fest, daß er von der Befugniß der Suspendirung der im § 5 des preuß. Gesetzes vom 4. Juni 1851 aufgeführten Verfassungsartikel bzw. der betreffenden entsprechenden Bestimmungen des hierländischen Landesgrundgesetzes, oder einzelner derselben

— obschon eine solche nach der vor dem Reichstage am 3. Decbr. 1870 vom Präsidenten des Bundeskanzleramts abgegebenen Erklärung in einigen wenigen andern Theilen des Befehlsbezirks des Beklagten vorgekommen ist (s. Stenogr. Berichte S. 52) — im Allgemeinen und insbesondere für das Herzogthum Braunschweig keinen Gebrauch gemacht hat, daß er daher als Inhaber der vollziehenden Gewalt an die Beobachtung der Landesverfassung und der Landesgesetze wie überhaupt gebunden blieb, so namentlich zur Zeit der ihm zur Last gelegten Maßregel gebunden war. Auch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die letztere an und für sich angesichts der §§ 32, 201, 202, 204 der hiesigen neuen Landschaftsordnung vom 12. Octbr. 1832 und der sich an dieselbe anschließenden gesetzlichen Bestimmungen eine rechtswidrige war. . . .

4. In Frage gestellt ist ferner die persönliche Haftung des Beklagten aus der von ihm angeordneten Maßregel . . ., weil er dieselbe nicht als Privatperson, sondern in seiner Eigenschaft als Generalgouverneur der Küstenlande getroffen habe und demnach nur der Militärfiscus verantwortlich sei. Allein nach ausdrücklicher Bestimmung des § 4 des zur Anwendung kommenden preuß. Gesetzes sind „die betreffenden Militärbefehlshaber für ihre Anordnungen persönlich verantwortlich", — eine Vorschrift, die schon überhaupt, insbesondere aber in dem Zusammenhange, in welchem sie vorkommt — indem sie nämlich an die Bestimmung, daß die vollziehende Gewalt auf den Militärbefehlshaber übergehe und daß dessen Anordnungen und Aufträgen die Civilverwaltungsbehörden ꝛc. Folge zu leisten haben, angereiht ist — nicht von einer, sich überdies von selbst verstehenden Verantwortlichkeit der Militärbefehlshaber als solcher dem obersten Kriegsherrn gegenüber, sondern nur von der Verantwortlichkeit für die in Ausübung der vollziehenden Gewalt getroffenen Anordnungen, insbesondere auch dadurch betroffenen Civilpersonen gegenüber, verstanden werden kann. Aber auch wenn der citirte § 4 nicht in diesem Sinne ausgelegt werden könnte, so würde doch weder durch diesen selbst, noch durch irgend eine andere Bestimmung des preuß. Gesetzes eine anderweit gesetzlich bestehende Verantwortlichkeit ausgeschlossen erscheinen. Das hiesige Gesetz vom 4. Juli 1851 Nr. 27 spricht aber eine solche persönliche Verantwortlichkeit ausdrücklich aus, indem es den Staat nur subsidiär haftbar macht.

5. Eventuell will der Beklagte in der wohlbegründeten — wenn auch irrigen — Ueberzeugung gehandelt haben, daß er zu der kraft seines Amts getroffenen Maßregel befugt gewesen sei. Dieser Einwand hat zur Voraussetzung, daß die Anwendung der einschlagenden, die Verantwortlichkeit des Beklagten begründenden Gesetze von dem Vorhandensein einer Verschuldung desselben (im Sinne der sog. aquilischen Culpa) abhängig sei. Es ist indessen nicht wahrscheinlich, daß insbesondere die Bestimmung des braunschw. Gesetzes vom 4. Juli 1851, nach welcher „im Falle einer widerrechtlich

verfügten oder verlängerten Gefangenschaft der Schuldige und nöthigenfalls der Staat dem Verletzten" verhaftet wird, von dieser Voraussetzung ausgeht. Vielmehr kann angesichts der Tendenz desselben, Ueberschreitungen der bestellten Obrigkeit, welche gegen eines der wichtigsten bürgerlichen Rechte, das Recht auf Freiheit der Person, gerichtet sind, auf das nachdrücklichste zu coerciren, kaum etwas Anderes angenommen werden, als daß die Widerrechtlichkeit der Verhaftung bzw. der Verlängerung derselben schon für sich allein die Anwendung bedingen soll; auch der Ausdruck: „der Schuldige" steht nicht entgegen, da dieser augenscheinlich nur gegensätzlich zum Staat, dessen subsidiäre Haftbarkeit ausgesprochen wird, gebraucht ist und den Thäter bezeichnet. Sollte dem aber auch anders sein und der Nachweis aquilischer Culpa — welche durch einen entschuldbaren Irrthum über die Berechtigung zur Handlung ausgeschlossen wird — verlangt werden müssen, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß von einer Entschuldbarkeit des Irrthums des Beklagten über seine Berechtigung keine Rede sein kann, auch wenn er im Uebrigen bona fide gehandelt hat. . . .

6. Noch weniger erheblich ist der fernere Einwand des Beklagten, daß die von ihm verfügte Internirung des Klägers und seiner Genossen sich materiell als gerechtfertigt herausgestellt habe, indem zur Zeit der Anordnung derselben, wie der gerichtliche Haftbeschluß vom 7. Novbr. 1870 (der begreiflich nur diejenige Thätigkeit derselben zum Gegenstande gehabt haben kann, welche der Zeit nach vor ihrer Verhaftung stattgefunden hat) erweise, die verhafteten Mitglieder des Ausschusses der socialdemokratischen Arbeiterpartei und außer ihnen auch der Kläger in einer deren Inhaftnahme rechtfertigenden Weise sich des Hochverraths und des Landesverraths verdächtig gemacht hätten. Allein daß hierdurch die an sich rechtswidrige Maßregel nicht gerechtfertigt werden kann, liegt auf der Hand: nicht objectiv, da dieselbe rechtswidrig auf Seiten des Beklagten bleibt, auch wenn sie von den gesetzlich dazu befugten Factoren legalerweise hätte vorgenommen werden können; aber auch nicht (insofern hierauf überhaupt etwas ankommen sollte — s. oben 5.) subjectiv, da die Gründe, welche zwei Monate später den auf dem inzwischen angesammelten Untersuchungsmateriale beruhenden Haftbeschluß hervorriefen, dem Beklagten im Augenblick der Maßregel selbst unbekannt waren. . . .

Aus allen diesen Gründen kann eben so wenig an der Illegalität der militärischen Internirung des Klägers oder — wie der Erlaß des Bundeskanzlers vom 28. Septbr. 1870 sich ausdrückt — „der Internirung ohne Strafverfahren", als daran gezweifelt werden, daß die Bestimmung des hiesigen Gesetzes vom 4. Juli 1851 Nr. 27 unter 2, wonach

> „im Fall einer widerrechtlich verfügten oder verlängerten Gefangenschaft der Schuldige, und nöthigenfalls der Staat, dem Verletzten zur Genugthuung und Entschädigung verpflichtet ist",

gegen den Beklagten mit Recht zur Anwendung gebracht und die Hauptbeschwerde desselben daher unbegründet ist." —

Bezüglich eines Entschädigungsanspruchs, welcher auf die durch die angeblich rücksichtslose Art der Verhaftung verursachte Krankheit und Erwerbsunfähigkeit der Frau des Klägers sich stützte, hatte der Beklagte noch eingewandt, daß wenigstens die Vornahme der Verhaftung selbst in der Befugniß desselben, als Inhabers der vollziehenden Gewalt, gelegen habe und aus der Klage nicht ersichtlich sei, welche der angeblich nachtheiligen Folgen auf Rechnung des Actes der Verhaftung und welche auf Rechnung der Fortsetzung der Haft zu setzen seien. Der höchste Gerichtshof verwarf diesen Einwand aus folgenden Gründen:

„Offenbar fällt von diesen Ausführungen das Wesentliche schon dann in sich zusammen, wenn auch die Annahme des Beklagten, daß wenigstens der Act der Verhaftung des Klägers legal gewesen sei, der Begründung entbehrt. Daß dieses der Fall, ergiebt sich ohne Weiteres aus den vom Beklagten zur Unterstützung seiner Behauptung beigebrachten Gesetzesstellen. Denn nach denselben haben nichtgerichtliche Behörden, Beamte und Functionäre das Recht zur Vornahme von Verhaftungen nur dann, wenn es sich um die Einleitung eines Strafverfahrens handelt und zugleich entweder der Verbrecher auf frischer That ergriffen bzw. verfolgt wird, oder Verdacht vorhanden ist, daß er sich der zu erkennenden oder erkannten Strafe durch die Flucht zu entziehen beabsichtige, und Gefahr im Verzuge ist (braunschw. Strafproceßordnung §§ 3, 28, 29; Gesetz über die gerichtliche Polizei vom 19. März 1850 § 8 vgl. mit §§ 5, 6, 9, 10). Will man daher die Wirkungen des „Uebergangs der vollziehenden Gewalt" auf den Beklagten in Gemäßheit des preuß. Gesetzes vom 4. Juni 1851 § 4 auch in dem diesem günstigsten Sinne dahin auslegen, daß derselbe dadurch zur Anordnung von derartigen Maßregeln in demselben Umfange, in welchem sie den obigen Gesetzen nach gewissen Kategorien von Beamten der ausübenden Gewalt eingeräumt worden sind, persönlich befugt geworden sei, so würde die Befugniß zur Verhaftung des Klägers doch immer daran scheitern, daß es sich überhaupt weder um die Verfolgung eines Verbrechens oder Vergehens — der Beklagte bezeichnet ja sonst seine Maßregel selber nur als eine rein militärische, zur Sicherung der Kriegführung angeordnete Maßregel — noch insbesondere um die eines Verbrechers auf frischer That oder um Gefahr im Verzuge . . . gehandelt hat. Es ist daher nicht bloß die Unterlassung der durch die Gesetze für die Behandlung von Verhafteten bzw. hinsichtlich der Dauer von Verhaftungen gegebenen Vorschriften, sondern schon der Act der Verhaftung des Klägers selber als ungesetzlich und widerrechtlich im Sinne des Gesetzes vom 4. Juli 1851 zu bezeichnen." . . .

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 24. Juni 1879 i. S. Ehlers w. Vogel v. Falkenstein. Vgl. Bd. 34 Nr. 21. (D.)

128. Rechtliche Natur der Rente nach dem Reichshaftpflichtgesetz § 3 Ziff. 1 und § 7 Abs. 1; Zulässigkeit der Compensation gegen dieselbe.

Vgl. Bd. 34 Nr. 219.

Durch die folgende Erörterung wurde die Zulässigkeit der, der Klage auf Zahlung einer Rente nach dem Reichshaftpflichtgesetz § 3 und 7 entgegengesetzten Einrede der Compensation (vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 350 Not. 28) motivirt.

Das Reichshaftpflichtgesetz kündigt sich schon in seiner Ueberschrift als Gesetz betr. die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die herbeigeführten Tödtungen ꝛc. an, und die §§ 1 und 2 bestimmen, daß — der Unternehmer für den Schaden haftet. Der Schadensersatz ist, wie § 3 bestimmt, zu leisten durch Ersatz der unmittelbar verursachten Kosten für Heilung und Beerdigung, und außerdem kann derjenige, welcher von dem Getödteten Unterhalt zu fordern berechtigt war, Ersatz dafür insoweit verlangen, als ihm in Folge des Todesfalles der Unterhalt entzogen worden ist. Das Gesetz bezeichnet hiernach in fester Consequenz das Aequivalent für den eingetretenen Verlust als „Schadensersatz", und die Absicht des Gesetzes geht deutlich dahin, jeden durch das Unglück herbeigeführten Vermögensnachtheil, auch soweit derselbe in einer Unterhaltseinbuße besteht, zu ersetzen und auszugleichen (vgl. Eger S. 89, 90). Wenn nun auch nach § 7 als Ersatz für den zukünftigen Unterhalt oder Erwerb, wenn nicht eine Kapitalabfindung ausdrücklich vereinbart ist, in der Regel eine Rente zugebilligt werden soll, so ändert diese laufende, auf Zeit bestimmte Zahlungsweise doch nicht den Rechtsgrund der Zahlung, welcher nicht aus einer natürlichen oder gesetzlichen Pflicht zur Erhaltung und Erziehung, sondern aus der Pflicht, für den entzogenen oder verminderten Unterhalt Ersatz zu leisten, erwachsen ist. Hiernach wohnt dem in Rente ausgeworfenen Ersatzobjecte die rechtliche Natur von Alimenten nicht bei.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (4. Sen.) v. 27. März 1879. Wallmann Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 1879 S. 449. (X.)

---

129. Berechnung der Zeitdauer, für welche nach § 3 des Reichshaftpflichtgesetzes demjenigen Ersatz zu leisten ist, welchem der Getödtete Unterhalt zu gewähren hatte.

Nach § 3 des Reichshaftpflichtgesetzes kann derjenige, welchem der bei dem Betriebe einer Eisenbahn Getödtete vermöge Gesetzes Unterhalt gewähren mußte, insoweit Ersatz fordern, als ihm in Folge des Todes der Unterhalt entzogen worden ist. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß die der Wittwe des Getödteten zukommende Entschädigung dann cessiren

muß, wenn sie sich wieder verheirathet und mithin der neue Ehemann gesetzlich verpflichtet wird, für ihren Unterhalt zu sorgen[1]). Eben so wenig ist es gerechtfertigt, der Wittwe eine Rente auf Lebenszeit zuzubilligen; vielmehr entspricht es dem Gesetze, ihr den durch den Tod ihres Ehemannes entzogenen Unterhalt nur für denjenigen Zeitraum zuzubilligen, während dessen derselbe ihr durch den Getödteten selbst hätte gewährt werden können, und ist daher bei Festsetzung des Zeitraums die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten für den Fall, daß der Tod desselben im gewöhnlichen Laufe der Dinge erfolgt wäre, zu berücksichtigen.

Eger Reichshaftpflichtgesetz 2. Aufl. S. 361; Entsch. des ROHG. Bd. 14 S. 406. Urtheil des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 18. Octbr. 1878 i. S. Bennigsen w. Mensing und Wittwe Klincke.

Um einen Anhalt für die hiernach in Betracht kommende muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten zu gewinnen, ist es für ausgeschlossen nicht zu erachten, die im fr. 68 pr. ad legem Falcidiam 35. 2 aufgestellte gesetzliche Präsumtion über die Lebensdauer in Betracht zu ziehen, da dieselbe zwar zunächst für einen bestimmten Zweck aufgestellt ist, jedoch nicht verkannt werden kann, daß sie keineswegs ganz willkürliche Bestimmungen enthält, vielmehr auf einer in Naturgesetzen begründeten Wahrscheinlichkeitsannahme beruht und daher bei dem Mangel von Thatsachen, welche für eine noch kürzere Lebensdauer, als in jener Mortalitätstabelle angenommen worden, im einzelnen Falle sprechen würden, als eine unter gewöhnlichen Umständen anzuwendende Regel sich darstellt.

Vgl. das Urtheil i. S. Bennigsen w. Mensing und Wittwe Klincke; Seuffert Archiv Bd. 28 Nr. 85, Bd. 1 Nr. 300.

Es kann hiernach auch die von Seiten der Kläger erfolgte Benennung neuer Zeugen über die Thatsache, daß der Verunglückte ein kräftiger, gesunder Mann gewesen, nicht weiter berücksichtigt werden, da hierdurch ein weiterer Anhalt für die Annahme einer längeren Lebensdauer des Verstorbenen nicht würde gewonnen werden können. Wenn daher als unter den Parteien feststehend angesehen werden darf, daß der verstorbene D. etwa 40 Jahre alt war, so beschwert es die Klägerin nicht, wenn die muthmaßliche Lebensdauer desselben auf annoch 20 Jahre festgestellt wird.

Urtheil des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 11. Juli 1879 i. S. Diestelhorst w. die kgl. Eisenbahndirection zu Hannover wegen Entschädigung.

(W.)

130. Verjährung der Schadensersatzansprüche aus dem Reichshaftpflichtgesetze.

In einem Bahnhof der oberschlesischen Eisenbahn, in welchem ein Concurrenzbetrieb mit der niederschlesisch-märkischen Eisenbahn besteht, war der

[1]) Vgl. jedoch Bd. 35 Nr. 30.

Kläger von einer Verbindungslocomotive der letztgenannten Bahnverwaltung überfahren worden. Darauf erhob der Kläger Ersatzansprüche gegen die oberschlesische Bahn, auf deren Territorium das Unglück geschehen war, wurde aber mit seiner Klage, nachdem der Proceß erheblich länger als zwei Jahre gedauert hatte, in letzter Instanz von dem RÖHG. aus dem Grunde zurückgewiesen, weil über die Haftpflicht für Unglücksfälle bei dem Concurrenzbetriebe zweier Eisenbahngesellschaften nicht das Eigenthum, sondern der Betrieb entscheide. Nunmehr klagte der Kläger gegen die niederschlesisch-märkische Bahn, welche die Einrede der Verjährung opponirte. Die beiden Vorderinstanzen hielten die Einrede für begründet und wiesen die Klage ab. Die dagegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde, welche eine Verletzung des Haftpflichtgesetzes und gewisser Bestimmungen des preuß. Rechts geltend machte, wurde oberstrichterlich aus folgenden Gründen verworfen:

Nach § 8 des Haftpflichtgesetzes verjähren Forderungen auf Schadensersatz in zwei Jahren vom Tage des Unfalls an. Dieser Wortlaut des Gesetzes ergiebt und die dem Gesetze vorangegangenen legislatorischen Verhandlungen bestätigen es, daß *ausschließlich* nach dem *Tage der eingetretenen Beschädigung* sich Anfang und Dauer der Verjährung zu richten haben und daß deren Beginn von keiner andern Voraussetzung, insbesondere auch nicht von der Kenntniß des Beschädigten von seinem Forderungsrechte abhängig ist. Davon verschiedene Grundsätze hinsichtlich des Verjährungsbeginns stellen allerdings die von dem Nichtigkeitskläger angerufenen Bestimmungen des preuß. allg. Landrechts und der preuß. allg. Gerichtsordnung auf. Allein die Verjährung des § 8 des Haftpflichtgesetzes ist allein nach denjenigen Gesichtspuncten zu beurtheilen, welche *aus diesem Gesetze selbst* sich ergeben. Der vorige Richter kann sich mithin keiner Verletzung und keiner falschen Anwendung des Rechts dadurch schuldig gemacht haben, daß er ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger den wahren Beschädiger kannte und auf entschuldbare Weise in Unkenntniß hierüber sich befand, den Beginn der Verjährung des klägerischen Forderungsrechts lediglich vom Tage des Unfalls an berechnet hat.

Erk. des Reichsgerichts zu *Leipzig* v. 28. Novbr. 1879 i. S. Schütz w. niederschlesisch-märkische Eisenbahn. (St.)

---

131. Unzüchtige Handlungen als Ehescheidungs-, insbesondere als Compensationsgrund gegen zugestandenen wirklichen Ehebruch.

Vgl. Bd. 31 Nr. 237, 238 u. d. dort. Nachw.; Bd. 32 Nr. 53, sowie die folgende Nr.

In den Entscheidungsgründen eines Erk. des 2. Senats des vormaligen Obergerichts zu *Wolfenbüttel* v. 25. Juni 1879 findet sich Folgendes ausgeführt:

... Wenn auch unter Theologen wie Kirchenrechtslehrern über den Sinn des Ausdrucks πορνεία in den für das Ehescheidungsrecht normgebenden biblischen Stellen Matth. 5, 32 u. 19, 9 von jeher viel gestritten, darunter bald eigentlicher ehebrecherischer coitus, bald turpe quodcunque facinus oder ἄσχημον πρᾶγμα, bald quidquid scortationis rationem seu proportionem habet verstanden wird u. s. w. (vgl. Strippelmann Ehescheidungsrecht § 13 S. 114 ff. und die dort cit. Autoren), wie denn auch in der Praxis in Bezug auf die rechtlichen Voraussetzungen der Ehescheidung wegen Ehebruchs keineswegs Uebereinstimmung herrscht, so scheint doch der unzweifelhaften Absicht des Urhebers jener Vorschriften, die Auflösung des geheiligten Bandes der Ehe möglichst zu erschweren, diejenige Deutung am meisten zu entsprechen, wonach jener Ausdruck zwar nicht auf vollendeten oder bis zum Conat vorgeschrittenen coitus zu beschränken, aber doch nur auf gleichartige, dem letztern an Schwere wesentlich gleichstehende Fleischessünden, wohin z. B. widernatürliche Unzucht und Aehnliches gehören würde, zu erstrecken ist:

Seuffert Archiv Bd. 12 Nr. 38, Bd. 14 Nr. 142, Bd. 31 Nr. 237, vgl. Bd. 32 Nr. 53; Strippelmann a. a. O. S. 132.

Die von der Zeugin Bl. bekundeten Thatsachen, wonach Kläger im Jahre 1874 in zwei oder drei Nächten leichtbekleidet in ihre Kammer gekommen, sich auf den Rand ihres Bettes gesetzt, ihr an Hals, Busen, Leib und Geschlechtstheile gegriffen und bei diesen nächtlichen Besuchen jedes Mal ungefähr 10 Minuten lang auf ihrer Kammer verweilt, den Beischlaf mit ihr jedoch nie vollzogen hat, erschöpfen — so anstößig und tadelnswerth auch dergleichen unzüchtige Vertraulichkeiten auf Seiten eines Ehemannes erscheinen, und so wenig auch bezweifelt werden mag, daß dabei die Absicht nicht fern gelegen habe, die Luise Bl. zur Gestattung des coitus anzureizen — doch den Thatbestand eines adulterium inchoatum nicht und reichen in Hinsicht auf sittliche Verworfenheit an den durch eigentliche fleischliche Vermischung mit verschiedenen Mannspersonen von der Beklagten geständigermaßen wiederholt begangenen Bruch der ehelichen Treue um so weniger hinan, als die Beklagte durch ihr lange fortgesetztes, bis in die Jahre 1872 und 1873 zurückgreifendes sträfliches Verhalten und dadurch selbstverschuldete Entfremdung ihres Ehegatten zu derartigen Verirrungen selbst Anlaß gegeben und sich des Rechts auf eine streng sittenreine Lebensführung des Letztern gewissermaßen durch eigene Schuld verlustig gemacht hat; daher jene Acte als aequipollens des ehebrecherischen Beischlafs unmöglich gelten können.

Demnach ist die vom angef. Erk. schon jetzt erkannte Zurückweisung der Klage nicht für gerechtfertigt zu befinden. . . .

In der Revisionsinstanz wurde höchstrichterlich ausgesprochen:

... Bei dem Mangel ſpecieller geſetzlicher Vorſchriften über die betreffende Materie kann es nicht auffallen, daß darin ebenſo die Anſichten der Rechtslehrer wie die Praxis der Gerichte ſehr auseinandergehen. Während viele Rechtslehrer und Gerichte ſowohl für die Klage aus dem Ehebruche als die darauf baſirte Compenſationseinrede den ſtringenten Beweis des ehebrecheriſchen Beiſchlafs verlangen, erklären Andere dazu ſchon den Beweis des verſuchten Beiſchlafs oder auch einer andern, die eheliche Treue in beſonders flagranter, zumal auch ſonſt ſchimpflicher Weiſe verletzenden unzüchtigen Handlung für genügend, wie denn das hieſige Obergericht (ſ. Dedekind proteſt. Eheſcheidungsrecht § 1 unter 9) wiederholte unzüchtige Angriffe eines Stiefvaters auf ſeine Stieftöchter in ihrer Verworfenheit dem Ehebruche gleich geſtellt und für einen ausreichenden Eheſcheidungsgrund erklärt hat. Allein auf alle dieſe Controverſen kann es hier nicht ankommen; denn ſelbſt wenn man von der am wenigſten ſtrengen, alſo für die Beklagte günſtigſten Anſicht ausgeht, ſo liegt hier nichts vor, was zur Eheſcheidung als genügend angeſehen werden könnte — immer von den Ausſagen der Luiſe Bl. ausgegangen. An ſich iſt die unzüchtige Handlungsweiſe des Klägers keineswegs durch eine beſondere Verworfenheit qualificirt, vielmehr, wie das angef. Erk. richtig ausführt, insbeſondere dem ſchamloſen Treiben der Beklagten gegenüber nicht beſonders ſchlimm, wenngleich ſehr zu mißbilligen. Und bis zu einem Verſuche des Beiſchlafs würde Kläger noch nicht vorgeſchritten ſein; denn einmal ſteht noch nicht feſt, daß er mit der Abſicht, günſtigen Falls den Beiſchlaf zu vollziehen, zur Bl. gegangen ſei, anderntheils bildet eine ſolche innere Abſicht noch keine Verſuchshandlung. ...

Erk. des OLG. zu Braunſchweig v. 14. Novbr. 1879 (Reviſionsinſtanz) i. S. B. w. Ehefrau wegen Eheſcheidung. (D.)

---

132. Eheſcheidung wegen verſuchten Inceſts?

Vgl. die vorige Nr.

Die Klage war auf die Feſtſtellung des Strafgerichts gegründet, daß der Verklagte mit ſeiner eigenen vierzehnjährigen Tochter den Verſuch unzüchtiger Handlungen vorgenommen, und nach deren Abweiſung hob die Klägerin in 2. Inſtanz hervor, daß vollendeter Ehebruch nicht nothwendige Vorausſetzung der Eheſcheidungsklage ſei. Das AG. beſtätigte die Klagabweiſung. Die Beſchwerde zur 3. Inſtanz machte geltend, daß unnatürliche Fleiſchesverbrechen als Eheſcheidungsgrund dem Ehebruch gleich ſtehen (Richter Kirchenrecht 7. Aufl. S. 999); aber auch hier wurde beſtätigt, weil der Inceſt nicht zu den widernatürlichen Befriedigungen des

Geschlechtstriebes gehöre und daher die Frage, ob eine solche bzw. deren Versuch dem Ehebruch gleich zu stellen sei, unerörtert bleiben könne.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 17. April 1879 i. S. Glebe Ehegatten (hessische Sache). (S.)

---

133. Beim Mißerfolg einer gewährt gewesenen Trennung von Tisch und Bett tritt nicht ohne Weiteres Ehescheidung ein.

Vgl. Bd. 8 Nr. 144; Bd. 13 Nr. 261; Bd. 26 Nr. 35, 36, 37.

„Die von einigen Rechtslehrern vertretene, hin und wieder auch in der neueren Rechtsprechung zur Geltung gekommene Ansicht, daß dem Institute der Scheidung von Tisch und Bett der Character einer eventuellen Scheidung vom Bande für den Fall beizumessen sei, daß die erkannte temporäre Trennung den dabei beabsichtigten Erfolg der Wiedervereinigung der entzweiten Ehegatten nicht gehabt habe, und daß demnach eine Scheidung vom Bande ohne Weiteres auszusprechen sei, sobald nur die während eines längeren Zeitraumes unverändert gebliebene Abneigung der Ehegatten zur Wiedervereinigung die Annahme begründe, daß die vom Richter temporär Getrennten sich niemals zu löblicherer Fortsetzung der Ehe zusammenfinden werden, hat keinen Eingang in die hiesige Praxis gefunden. Vielmehr hat sich letztere im Anschlusse an die ältere Lehre mehr der Ansicht hingeneigt, daß es nach fruchtlos abgelaufener Separationszeit immer noch dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben müsse, mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des concreten Falles zu beurtheilen, ob sich die definitive Scheidung in der That rechtfertige, oder ob nicht vielmehr die concreten Verhältnisse eine Verlängerung der Separationszeit oder eine richterlich anzuordnende Wiedervereinigung als geeigneter erscheinen lassen, daß übrigens eine — nicht etwa schon durch das Hinzutreten eines schriftmäßigen Scheidungsgrundes gebotene — definitive Scheidung immer erst im äußersten Nothfalle und namentlich dann gerechtfertigt erscheine, wenn eine ein- oder mehrmalige Verlängerung der Separationszeit und andere derartige Versöhnungsversuche den dabei beabsichtigten Erfolg der Wiedervereinigung nicht gehabt haben." ...

Die gegen diese Entscheidung eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde verworfen in der Erwägung:

„daß die Behauptung der Querulantin, es müsse, wenn die Trennung von Ehegatten von Tisch und Bett längere Zeit gedauert habe, ohne zu einer Aussöhnung der Ehegatten geführt zu haben, ein Fall, der allerdings hier vorliegt, nothwendig zur definitiven Ehescheidung geschritten werden, völlig unrichtig ist, indem vielmehr nach der Theorie der Kirchenrechtslehrer und insbesondere nach der gerade in dieser Materie bei dem Mangel gesetzlicher Vorschriften entscheidenden hiesigen Praxis (Dedekind das protest

Ehescheidungsrecht § 12) in einem solchen Falle dem zweckmäßigen Befinden des Gerichts überlassen ist, auf eine der drei Maßregeln, Ehescheidung — diese jedoch nur in besonders flagranten Fällen —, abermalige Scheidung von Tisch und Bett auf bestimmte Zeit, oder vorläufige Wiedervereinigung der Ehegatten zu erkennen:

daß also, wenn im vorliegenden Falle die Gerichte der vorigen Instanzen auf eine abermalige Trennung von Tisch und Bett erkannt haben, sie sich dabei keineswegs in einem Rechtsirrthume befunden haben, sondern höchstens in der Beurtheilung dessen, was hier zweckmäßig sein würde, gefehlt haben könnten, darauf indessen selbstverständlich eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht gegründet werden kann." . . .

Erk. des OLG. zu Braunschweig (in der Nichtigkeitsinstanz) v. 14. Novbr. 1879 i. S. W. w. W. wegen Ehescheidung, event. Trennung von Tisch und Bett. (D.)

---

134. Verzicht auf Ehescheidung gegen Geldversprechen.

Vgl. Bd. 17 Nr. 228.

„Den vorigen Instanzen ist darin beizustimmen, daß der Vertrag, durch welchen ein Ehegatte dem andern etwas dafür verspricht, daß dieser einer wider ihn erhobenen, auf Scheidung der Ehe gerichteten Klage wieder entsage, etwas Unsittliches oder Widerrechtliches nicht enthält. Zwar konnte, wenn die erste Instanz als Grund dieser Auffassung geltend gemacht hat, daß in der rechtlichen Beurtheilung des Verhaltens der Beklagten nicht auf das Motiv, das demselben zu Grunde gelegen, sondern allein auf die Handlung selbst Rücksicht zu nehmen sei, und daß in dem vorliegenden Falle zwar das Motiv, nicht aber die aus dem verwerflichen Motive hervorgegangene Handlung zu mißbilligen sei, dieser Grund nicht als durchschlagend erachtet werden. Im Gegentheil erklären die Rechtslehrer (vgl. v. Savigny System Bd. 3 § 122 u. 123, namentlich S. 179 ff.) sowohl solche Bedingungen, deren Gegenstand eine an sich selbst unsittliche Handlung ist, als unter Umständen auch solche, in denen die an sich tadellose Handlung nur dadurch einen unsittlichen Character annimmt, daß sie eben zur Bedingung eines Rechtsgeschäftes gemacht wird, in gleicher Weise für unstatthaft. Fälle dieser Art kommen namentlich auch in den ehelichen Verhältnissen zur Sprache, und die römischen Rechtsquellen gedenken hierbei namentlich und ausdrücklich nicht nur solcher Bedingungen, die auf Beförderung der Eheloſigkeit abzwecken, sondern sie bezeichnen auch das Versprechen einer Strafe unter der Bedingung, daß man eine bestimmte Ehe nicht eingehe, und die Zusicherung einer Belohnung dafür, daß man eine bestimmte Ehe eingehe, sowie insbesondere auch die Stipulation einer Strafe

dafür, daß man von seinem Scheidungsrechte Gebrauch mache, als solche den guten Sitten zuwiderlaufende Stipulationen:

const. 2 de inutil. stipulation. 8. 38. Vgl. v. Savigny a. a. O. Bd. 3 S. 180 ff.; Windscheid Pand. Bd. 1 § 94 S. 218 Not. 13 der 1. Ausg.

Nach der allgemeinen Fassung der hierfür in den Rechtsquellen angegebenen Gründe (verbis: „Libera matrimonia esse, antiquitus placuit“ (l. c.) und „inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive contracta“ (fr. 134 pr. de verb. obligat. 45. 1) gewinnt es sogar den Anschein, als wäre nach dem älteren Rechte jede Bedingung als unsittlich zu betrachten, durch welche irgend ein Einfluß des Eigennutzes auf derartige, sich auf die Eingehung oder Auflösung einer Ehe beziehende Entschlüsse herbeigeführt werden könnte und herbeigeführt werden sollte. Wie aber die von v. Savigny a. a. O. S. 182 ff. in den Anmerkungen g, h und i angezogenen Gesetzstellen an die Hand geben, ist dies keineswegs der Fall, vielmehr folgt aus einer Vergleichung der einzelnen Fälle nur, daß Conventionalstrafen, wenn sie auf irgend eine Weise die Entschlüsse in Ehesachen zu leiten bestimmt sind, für ungültig erklärt werden, daß dagegen Vermögensvortheile in der Regel auch an solche Entschlüsse als gültige Bedingungen geknüpft werden können und daß Ausnahmen hiervon nur eben in bestimmten, durch die Gesetze speciell bezeichneten Fällen Platz zu greifen haben. Auch die oben bereits angezogene const. 2. de inut. stipul. spricht nur von dem Falle einer Conventionalstrafe, welcher sich ein Ehegatte für den Fall, daß er irgend einmal von einem ihm zur Seite stehenden Scheidungsgrunde Gebrauch machen würde, unterworfen haben sollte; dagegen spricht das fr. 8 § 1 de usu 7. 8 nur davon, wenn der Ehefrau für den Fall der Scheidung ein Wohnungsrecht eingeräumt worden, und const. 5 de institut. etc. 6. 25 ebenfalls nur davon, wenn für den Fall der Ehetrennung etwas versprochen worden ist, und stellt dabei den, jedenfalls nach heutigen Anschauungen nur um so gewisser richtigen Satz auf, daß die guten Sitten erfordern, daß die Ehegatten den ehelichen Frieden einem materiellen Gewinne unter allen Umständen vorziehen.

Nach gemeinem Rechte kann hiernach in dem Versprechen und bzw. in der Annahme einer Zuwendung dafür, daß der Empfänger von einem ihm zur Seite stehenden Scheidungsrechte keinen Gebrauch mache, eine den Gesetzen oder den guten Sitten zuwiderlaufende Handlung nicht erblickt werden.“

Erk. des OAG. zu Dresden v. 11. April 1878. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 46 S. 447 ff. (X.)

135. Schenkung unter Ehegatten; mortis causa; divortii causa.

Vgl. Bd. 12 Nr. 41, 167; Bd. 15 Nr. 231 Not. 2 a. E.; Bd. 17 Nr. 251; Bd. 18 Nr. 260; Bd. 24 Nr. 42; Bd. 30 Nr. 121 S. 185; Bd. 33 Nr. 138.

Schenkungen unter Ehegatten sind bekanntlich im Allgemeinen als solche nichtig, nur daß sie dann ausnahmsweise convaleſciren, wenn die Ehe durch den Tod des Schenkgebers, ohne daß derselbe solche früher widerrufen hätte, aufgelöst wird, weil man eine Schenkung inter vivos solchenfalls als Schenkung auf den Todesfall dergestalt betrachtet, daß ihre Wirkung auf den Zeitpunct des Todes des Schenkgebers zurückgeführt wird.

Sintenis Civilrecht 2. Aufl. Bd. 3 § 135 S. 72; Annalen des OAG. zu Dresden Bd. 6 S. 329 ff.

Denn Schenkungen unter Ehegatten auf den Todesfall unterlagen schon nach älterem röm. Rechte nicht dem allgemeinen Verbote, gehörten vielmehr und zwar darum zu den erlaubten (fr. 9 § 2 de don. inter vir. et uxor. 24. 1), weil bei ihnen, wie es in fr. 10 eod. heißt: „donationis eventus in hoc tempus excurrit, quo vir et uxor esse desinunt", welchenfalls, wie man annahm, die Bedenken ausgeschlossen erscheinen, welche gegen die Zulässigkeit der Schenkungen inter vivos zwischen Ehegatten sich geltend machen lassen.

Aus gleichem Grunde wie die Schenkungen auf den Todesfall erschien ferner den Römern unter Ehegatten auch eine Schenkung der Ehescheidung wegen als erlaubt (fr. 11 § 11, fr. 60 § 1 eod.), weil gleicherweise wie dort für den Fall des Todes des Schenkgebers, so hier für den Fall der Scheidung die Schenkung erst zur Existenz gelange (Glück Pand. Bd. 26 S. 70 ff.); nur freilich mußte, was sehr bezeichnend für die Auffassung ist, von welcher die Römer hierunter ausgingen, eine Schenkung divortii causa, wenn sie als solche gelten soll, auch gerade zu der Zeit der wirklich schon bevorstehenden Ehescheidung und mit Rücksicht auf sie erfolgen; nicht aber durfte sie auf den noch ganz ungewissen Fall einer erst künftig etwa erfolgenden Ehetrennung berechnet sein, weil eine solche ganz auf das Ungewisse hinaus gemachte donatio divortii causa als eine in fraudem legis geschehene betrachtet wurde (fr. 12. eod.). Kurz, die donatio divortii causa war, wie aus dem Vorstehenden folgt und auch aus andern Quellenzeugnissen unwiderleglich sich ergiebt (fr. 60 § 1, fr. 61, 62 eod.), nur im Anschlusse an eine Auflösung der Ehe bona gratia, wie solche bei den Römern bekanntlich aus gewissen Gründen zulässig war, rechtlich möglich, und wie sonach die Gültigkeit derselben in einem einzelnen Falle mit der Gültigkeit der Ehetrennung selbst zusammenfiel, so findet Alles, was vorstehend über die rechtliche Natur solcher Schenkungen unter Ehegatten gesagt ist, lediglich in dem Wesen der Ehe bei den Römern und in der Eigenthümlichkeit des röm. Eherechts seine Erklärung. Nach der christlichen

Auffassung des Ehebandes ist nun aber eine freiwillige Scheidung der Eheleute (divortium bona gratia factum) nicht gestattet und eine Scheidung überhaupt in anderer Gestalt nicht als aus gesetzlichen Gründen durch den Ausspruch der geordneten Behörden möglich. Es fehlt daher auch bei uns die Voraussetzung, an welche das röm. Recht die Zulässigkeit der donatio divortii causa als Ausnahme von dem allgemeinen Verbote der Schenkungen unter Ehegatten knüpft, gänzlich; im Gegentheil entbehren Verabredungen unter Ehegatten, welche die Auflösung des Ehebandes zum Zwecke haben, aller rechtlichen Wirkungen. Je näher aber offenbar die Befürchtung liegt, daß durch Schenkungen, welche ein Ehegatte für den Fall der Scheidung von dem andern sich zuwenden läßt, obiges Verbot umgangen und zu Collusionen Anlaß geboten werden könne, um so mehr scheint die Annahme gerechtfertigt, daß alles dasjenige, was die röm. Rechtsquellen über die donatio divortii causa enthalten, als veraltet und mit den Grundsätzen des christlichen Eherechts unvereinbar angesehen werden muß, Schenkungen unter Ehegatten vielmehr, auch wenn sie für den Fall der Ehescheidung erfolgen, demselben Verbote wie andere donationes inter coniuges unterliegen. Dasselbe scheint übrigens auch ziemlich allgemein angenommen zu werden, wenigstens thut die Mehrzahl neuerer Lehrer des gemeinen Rechts der bezeichneten Art der Schenkungen, als einer nach besonderen Grundsätzen zu beurtheilenden, überhaupt keine Erwähnung.

Erk. des OAG. zu Dresden v. 19. Juli 1866. Annalen N. F. Bd. 3 S. 132—134. (X.)

136. Cautionspflicht des coniux binubus seinen Kindern erster Ehe gegenüber.

(Vgl. oben Nr. 40 u. d. dort. Nachw.)

„Die gesetzlichen Bestimmungen über die Nachtheile der zweiten Ehe, welche den coniux binubus des Eigenthums an den von dem ersten Ehegatten aus irgend einem Grunde ihm zugefallenen Gegenständen zum Besten der Kinder erster Ehe für verlustig erklären, belassen dem Ehegatten das Gebrauchsrecht mit der Verpflichtung zur Conservirung der Sachen.

Von einer Pflicht zur Cautionsleistung ist nur in der const. 6 § 1 de secund. nupt. 5. 9 die Rede. Die hier getroffene Bestimmung geht dahin, daß die mater binuba an den Immobilien den Nießbrauch haben solle, an den Mobilien jedoch nur dann, wenn sie eine Caution bestelle, und ist daraus zunächst zu folgern, daß es einer Cautionsbestellung rücksichtlich der Immobilien für sie nicht bedürfe. Die Bestimmung rücksichtlich der Cautionsbestellung für die Mobilien stellt sich insofern als etwas neu Eingeführtes dar, als das Nutzungsrecht ganz allgemein schon bestand. Es darf daher mit Grund angenommen werden, daß das nach bisherigen

gesetzlichen Bestimmungen dem überlebenden Ehegatten — sei es Mann oder Frau — verbleibende Nutzungsrecht nicht mit der Verpflichtung zur Cautionsbestellung verbunden war und daß lediglich für die Frau diese Pflicht rücksichtlich der Mobilien eingeführt wurde. Es würden sonst im Widerspruch mit anderen Bestimmungen des röm. Rechts (vgl. const. 8 § 4 in f. de bonis quae liberis 6. 61) der Frau bedeutende Vorrechte vor dem Manne rücksichtlich der Immobilien eingeräumt sein. Eine Unterstützung für die vertretene Ansicht ergiebt sich übrigens auch noch aus der später folgenden const. 8 §§ 4 u. 5 de secund. nupt. 5. 9, worin den Kindern ein Pfandrecht auch an dem väterlichen Vermögen gegeben wurde mit der ausdrücklichen Bevorwortung, daß den Kindern solches Pfandrecht nicht zur Veranlassung dienen solle, um die Verwaltung des Vaters oder der Mutter zu untersuchen, oder mit ihnen deshalb Streit anzufangen, da ihnen die Hypothek unter allen Umständen verbleibe. Die hier vertretene Ansicht findet sich historisch noch näher entwickelt im Archiv für civilistische Praxis Bd. 16 S. 34—40 von v. Löhr."

Erk. des AG. zu Celle (2. Sen.) v. 27. Septbr. 1877. Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 10 S. 314, 315. (X.)

---

137. Zur Veräußerung von Mündelgut durch Einkindschaft bedarf es keines decretum de alienando.

Vgl. Bd. 2 Nr. 65; Bd. 10 Nr. 180; Bd. 23 Nr. 148.

Die Wittwe des Hofbesitzers O. verheirathete sich in zweiter Ehe mit Hellwege und wurde bei Eingehung dieser zweiten Ehe zwischen der Wittwe O., dem Hellwege und der Vormundschaft für die aus erster Ehe entsprossenen Kinder der Wittwe O. unter obervormundschaftlicher Genehmigung vereinbart, daß Hellwege den lebenslänglichen Nießbrauch an der von dem verstorbenen Hofbesitzer O. herrührenden Hofesstelle haben solle. Zugleich adoptirte — wie der betreffende Vertrag von 1860 sich ausdrückt — Hellwege die Kinder erster Ehe als seine eigenen.

Später verklagten die Kinder erster Ehe den Hellwege auf Herausgabe des Hofes und machten dabei geltend, daß die Vereinbarung von 1860 eine unerlaubte Veräußerung von Mündelgut enthalte, somit, beim Mangel eines regiminellen decretum de alienando, sie nicht binde. Das OG. entschied, daß in der Einräumung des Nießbrauchsrechts eine Veräußerung von Mündelgut nicht zu befinden sei. Das AG. zu Celle (2. Sen.) bestätigte die obergerichtliche Entscheidung in ihrem Resultate, jedoch mit folgender abweichender Motivirung:

Der Anspruch der Kläger auf Hof nebst Inventar ist zur Zeit mit Recht aus dem Grunde zurückgewiesen, weil an diesen Objecten durch den

sog. Adoptions- und Ehecontract vom 30. April 1860, welcher seinem Inhalte nach mit dem Gerichte voriger Instanz als ein Einkindschaftsvertrag aufzufassen ist und als solcher auch bei Dotalverhältnissen vorkommen kann und namentlich in den bremischen Marschen häufiger vorkommt, von damaligen Vormunde der Kläger unter obervormundschaftlicher Genehmigung dem Beklagten ein lebenslängliches Nießbrauchsrecht eingeräumt ist. Denn es ist dieser Einräumung wegen, wenngleich allerdings eine Veräußerung von Mündelgut im Sinne des fr. 3 § 5 de rebus eor. qui sub tutela 27. 9 darin zu befinden, gleichwohl zur Gültigkeit des Vertrages ein decretum de alienando für erforderlich nicht zu halten, vielmehr in Beziehung auf das Rechtsinstitut der Einkindschaft — welches auf der Grundlage des deutschen ehelichen Güterrechts erwachsen ist und sich entwickelt hat, und dessen wesentlicher Zweck, die Kinder einer Vorehe, gegenüber dem unirenden parens, dessen leiblichen Kindern persönlich und vermögensrechtlich gleich zu stellen, von Seiten jener eine Vermögensübertragung auf den unirenden parens der Regel nach bedingt und mit sich bringt — das römisch-rechtliche Verbot der Veräußerung von Mündelgut außer in Fällen der Nothwendigkeit überhaupt nicht als recipirt und anwendbar zu erachten, wie denn dem entsprechend notorisch Einkindschaften auch mit Vermögensübertragungen auf den unirenden parens ohne Dispensation von einem Veräußerungsverbote gleichwohl in den weitaus meisten Fällen nur aus Gründen bloßer Zweckmäßigkeit und mit Rücksicht weit mehr auf das persönliche Wohl der zu unirenden Kinder, als auf materielle Vortheile wenigstens von ihrer Seite geschlossen werden; bei einer Anwendung des röm. Rechts würde, entgegen dem Zwecke der Einkindschaft, die vermögensrechtliche Seite in den Vordergrund treten und maßgebend sein, dabei jedoch selbst der nach jeder Richtung hin vortheilhafteste Vertrag, wenn damit eine Veräußerung von Mündelgut im Sinne der oratio Severi verbunden wäre, an und für sich als ein verbotenes Rechtsgeschäft angesehen werden müssen, was dem Rechtsinstitute der Einkindschaft geradezu widerspricht.

Erk. v. 4. Novbr. 1874. Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 10 S. 312 ff.

(X.)

---

138. Proceßführungsbefugniß des Erbschaftscurators.

Vgl. Bd. 1 Nr. 112, 114, 265, 280; Bd. 3 Nr. 184 (Bd. 12 Nr. 306); Bd. 13 Nr. 105; Bd. 16 Nr. 229; Bd. 18 Nr. 149; Bd. 20 Nr. 87; Bd. 27 Nr. 39; Bd. 30 Nr. 40; Bd. 32 Nr. 329.

Der von einem Nachlaßcurator gegen eine Versicherungsgesellschaft erhobenen Klage war entgegengesetzt worden, daß ein curator hereditatis iacentis zur Klagerhebung nicht befugt sei. Das AG. zu Celle erkannte:

Dem Curator einer ruhenden Erbschaft kann alsdann die Befugniß deren Rechte klagend zu verfolgen, nicht versagt werden, wenn zur Sicherung

dieser Rechte die Erhebung eines Processes nicht wohl bis zum Antritt der Erbschaft durch die Erben verschoben werden kann. Dies ist hier anzunehmen, wo nach dem Wesen des beklagten Vereins dessen Vermögenslage erheblichen Schwankungen jederzeit ausgesetzt, seine Auflösung fortdauernd thunlich ist und daher die Ansprüche der Erbmasse durch längeres Zuwarten materiell und formell leicht gefährdet und in ihrer Geltendmachung erschwert werden können.

Erk. des AG. zu Celle (2. Sen.) v. 15. Mai 1876. Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 10 S. 298. (X.)

139. Beneficium inventarii: Erfordernisse.

Vgl. Bd. 3 Nr. 79, 350; Bd. 5 Nr. 192; Bd. 6 Nr. 225; Bd. 8 Nr. 155; Bd. 16 Nr. 124; Bd. 19 Nr. 168; Bd. 23 Nr. 237; Bd. 25 Nr. 247; Bd. 26 Nr. 251; Bd. 28 Nr. 145; Bd. 31 Nr. 345; Bd. 32 Nr. 154.[1])

„Zum Erwerbe der Rechtswohlthat des Inventars bedarf es der Erbschaftsantretung und der Errichtung des Inventars innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Fristen. Die Erklärung, cum beneficio inventarii antreten zu wollen, ist so wenig ausreichend, als nothwendig mit der Erbschaftsantretung zu verbinden. Erfolgt die Inventarisation durch einen Gerichtsvogt, so ist mit dem Gerichte voriger Instanz und der Mehrzahl der Rechtslehrer die Beachtung der in const. ult. de iure deliberandi 6. 30 und nov. 1 cap. 2 für Privatinventare vorgeschriebenen Förmlichkeiten, insonderheit auch die Zuziehung der Gläubiger und. Legatare, für nothwendig nicht zu halten und genügt in diesem Falle zur Sicherung der Rechtswohlthat, wenn der die Stelle des Anfanges der Inventarisation vertretende Antrag an das Gericht rechtzeitig vom Erben gestellt ist."

Erk. des AG. zu Celle (2. Sen.) v. 2. März 1876. Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 10 S. 319. (X.)

140. Erbschaftsbesitz pro possessore. — Passivlegitimation bei der Erbschaftsklage, Berufung des Beklagten auf einen Erwerb durch Specialtitel, Beweislast*. — Zeitpunct für Geltendmachung von Retentionseinreden**.

*Vgl. Bd. 5 Nr. 203; Bd. 11 Nr. 59; Bd. 15 Nr. 234; Bd. 16 Nr. 128; Bd. 18 Nr. 94, 95; Bd. 27 Nr. 149. Auch Bd. 31 Nr. 346 u. d. dort. Nachw. u. d. folgende Nr.

**Vgl. Bd. 12 Nr. 49.

Die Intestaterben des Arbeiters B., welcher im Hause des Vollmeiers K. zu L. im November 1877 gestorben war, belangten den Letzteren und dessen Sohn Albert K. mit der Erbschaftsklage auf Herausgabe des Nach-

[1]) In Bd. 32 S. 195 Z. 8 v. u. und S. 196 Z. 4 v. o. ist statt „Bd. 29" zu lesen: „Bd. 19".

lasses, indem sie behaupteten, daß Beklagte gleich nach dem Tode des B. sich ohne Recht in den Besitz seiner Erbschaft gesetzt hätten, zu welcher namentlich eine Obligation der hannoverschen Landescreditanstalt über 200 Thlr., eine Taschenuhr, ein Koffer mit Kleidungsstücken und einigem baaren Gelde, sowie zwei Sparkassenbücher der städtischen Sparkasse zu Hannover gehörten; außerdem gaben sie an, es sei der Vollmeier K., in dessen Dienste der Erblasser gestanden habe, diesem den auf jährlich 45 Thlr accordirten Lohn seit Ostern 1877 schuldig geblieben.

Die Beklagten erwiderten: in ihrem Besitze befinde sich von Sachen, welche der Verstorbene nachgelassen, nur eine Taschenuhr und ein Koffer mit alten Kleidungsstücken, welche Gegenstände ihnen noch nie abverlangt seien und von den Berechtigten entgegengenommen werden könnten; die Landescreditkassenobligation habe der Verstorbene, welcher übrigens nicht im Dienste des Mitbeklagten Vollmeiers K. gestanden, sondern nur Aufenthalt und Verpflegung bei demselben gehabt und dafür das Hüten des Viehes besorgt habe, dem Mitbeklagten Albert K. geschenkt und übergeben. Auf das hinterlassene Sparkassenbuch — ein zweites sei eben so wenig wie baares Geld vorhanden gewesen — seien 61 ℳ eingelegt gewesen, welcher Betrag von den Beklagten gehoben sei, indessen nicht herausgegeben zu werden brauche, weil ihnen wegen der von ihnen bestrittenen, im Einzelnen specificirten Kosten der Beerdigung ein noch größerer Compensationsanspruch zustehe.

Das Gericht erster Instanz erkannte die Klage für begründet und für liquide, wies jedoch die Ansprüche wegen der Landescreditkassenobligation und des rückständigen Dienstlohns angebrachtermaßen ab.

Auf die Beschwerden beider Theile erkannte das Berufungsgericht:

Der principale, auf sofortige Abweisung der Klage gerichtete Berufungsantrag der Beklagten führt auf die Frage, ob die erhobene Klage in thatsächlicher Beziehung hinreichend substantiirt sei. Da eine pro herede possessio der Beklagten an der geforderten Erbschaft von den Klägern nicht geltend gemacht ist, so kann es sich nur darum handeln, ob aus ihren Behauptungen zur Genüge ersichtlich werde, daß Beklagte pro *possessore* besitzen. Ein Erbschaftsbesitz dieser Art liegt noch nicht darin allein, daß Jemand, der sich selbst kein Erbrecht beilegt, eine fremde Erbschaft oder ein Stück derselben besitzt, ohne dazu wirklich durch einen Erwerbsgrund berechtigt zu sein, sondern pro possessore besitzt den Gesetzen nach nur derjenige, welchem bekannt ist, daß ihm kein Grund oder doch kein rechtsbeständiger Grund für seinen Besitzerwerb zur Seite steht.

Fr. 11 § 1, fr. 12, 13 pr., fr. 25 § 5 de H. P. 5. 3; § 3 I. de interdictis 4. 15; Francke Commentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione S. 138—143; Zimmermann Archiv für civilistische Praxis Bd. 29 S. 225; Windscheid Pand. § 614 Not. 5.

Wenn daher in den Klaganträgen nur gesagt ist, daß Beklagte ohne Recht sich gleich nach dem Tode des Fritz Bamberg in den Besitz seines Nachlasses gesetzt haben, so reicht diese Behauptung, will man sich lediglich an die gebrauchten Worte halten, zur Klagbegründung nicht aus; es mag doch darin bei günstiger Interpretation der ganzen klägerischen Sachdarstellung die Behauptung, daß jener Besitz von den Beklagten wissentlich widerrechtlicherweise ergriffen sei, allenfalls gefunden werden, um so mehr als Kläger die sämmtlichen Früchte der Erbschaft ohne Unterschied, zu deren Herausgabe in solchem Umfange nur ein *malae* fidei possessor verbunden, beansprucht haben.

Erheblich ist dagegen die Beschwerde, insoweit eventuell mittels derselben die Liquidität der Klage bestritten wird. Das angefochtene Urtheil erklärt die Klage für liquide, weil von den Beklagten die Herausgabe der von dem Erblasser besessenen Taschenuhr und der von ihnen gehobenen Sparkasseneinlage geweigert werde, ohne daß sie einen rechtfertigenden Grund für ihren Besitz anführen könnten, welcher sich darnach als ein Besitz pro possessore herausstelle. Was jedoch zunächst die Uhr anlangt, so haben die Klagte inhalts ihrer Gegenanträge nicht bloß erklärt, die Herausgabe der von ihnen noch besessenen Sachen, also auch der Uhr, sei von ihnen nie verlangt und nie verweigert, sondern auch, daß diese Sachen sich nur in ihrer, der Beklagten, Detention befinden und von den Berechtigten abgegengenommen werden können. Sie haben mithin geleugnet, diese Gegenstände zu eigenem Recht zu besitzen, während doch die Erbschaftsklage zu ihrer Begründung den juristischen Besitz des Beklagten, mag derselbe pro herede oder pro possessore possessor sein, voraussetzt und gegen einen bloßen Detentor, qui contemplatione alterius possidet, nicht gerichtet werden kann.

Fr. 13 § 12 de H. P. 5. 3; Francke a. a. O. S. 133, 173, 341; Wetzell System § 7 a. E. S. 45 (2. Aufl.).

Demnach lag insoweit kein Grund vor, die Kläger von dem Beweise des Klaggrundes, den behaupteten juristischen Besitz der Beklagten betreffend, zu entbinden.

So viel dann die Sparkasseneinlage betrifft, so ist von den Beklagten die schon in erster Instanz aufgestellten Behauptung, behufs der von ihnen besorgten Beerdigung des Erblassers die näher specificirten Kosten nützlicher Geschäftsführung für die Kläger aufgewandt zu haben, gegenwärtig noch die Behauptung hinzugefügt, daß in solcher Geschäftsführung auch die Kläger auch die Hebung der Sparkasseneinlage ihrerseits übernommen sei, eine Behauptung, welche als processualisch unzulässig in der Lage des Rechtsstreits nicht gelten kann, da eine neue Forderung damit nicht erhoben wird. Handlungen aber, welche eine negotiorum

gestio involviren, enthalten, wenngleich unberufenerweise mittels derse in fremde Vermögensangelegenheiten eingegriffen wird, doch keineswe nothwendig eine bewußte Widerrechtlichkeit, sind vielmehr geeignet, quasicontractlicher Grundlage beiderseitige Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen, insbesondere auch als Geschäftsführung für eine ruhende Er schaft (fr. 21 § 1 de neg. gest. 3. 5). Es ist daher auch in dem hiera gerichteten Vorbringen der Beklagten . . . ein motivirtes Leugnen d Klagbehauptung zu befinden, daß ihre fragliche Besitzeshandlung wissentli widerrechtlicherweise vorgenommen sei, und können Kläger von dies Beweise nicht wegen der an sich festgestellten Hebung der Sparkasseneinla entlastet werden, eben weil die Erbschaftsklage nicht, wie die Vindicatio gegen jeden Inhaber der streitigen Sache stattfindet, sondern einen besonde qualificirten Besitz des Beklagten voraussetzt. Der demnächstigen Prüfu des Beweises und des von den Beklagten über die behauptete negotiorum gestio etwa zu versuchenden Gegenbeweises wird es übrigens anheimzust darüber zu urtheilen, ob und inwieweit, sofern für solchen Gegenbew nichts Erhebliches hervortreten sollte, besondere Beweismomente noch nö der Thatsache, daß Beklagte die Sparkasseneinlage eigenmächtig erho haben, beigebracht sein müssen.

Andrerseits beschweren sich auch die Kläger mit Recht darüber, d ihre wegen der Landescreditkassenobligation über 200 Thlr. erhobe Forderung schon jetzt zurückgewiesen ist. Der Umstand allein, daß d hereditatis petitio gegenüber vom Beklagten vorgeschützt wird, e besitze die geforderte Sache kraft eines Specialtitels, welchen auch der Er lasser würde anerkennen müssen, kann noch nicht die Abweisung d Klage zur Folge haben, schon deshalb nicht, weil dem Kläger die Befug nicht zu versagen steht, eine dem Beklagten selbst bekannt gewesene Nichtig des angeblichen Titels geltend zu machen und nachzuweisen. Es tr aber auch hier die Beweislast die Kläger, und zwar nicht bloß zur H stellung der beklagtischen Passivlegitimation, sondern auch darum, weil da das Anführen des Mitbeklagten Albert K., daß die fragliche Obligati von dem Erblasser ihm geschenkt und übergeben sei, die für Erhebung der Erbschaftsklage auf Herausgabe dieser Obligation wesentl Behauptung, daß dieselbe eine zu der Erbschaft gehörige Sache sei, Abrede gestellt wird.

Vgl. auch Zimmermann a. a. O. S. 457—459; Windscheid § 615 Not Seuffert Archiv Bd. 15 Nr. 234, Bd. 16 Nr. 126, Bd. 31 Nr. 846.

Ohne Grund ist dagegen die Adhäsion der Kläger, soweit sie Dienstlohnsforderung betrifft. Zwar würde der Klage die Erwägung OG., daß der etwa geschuldete Lohn nicht im Besitze des Erble zur Zeit seines Todes gewesen sei, nicht entgegenstehen, weil die hereditat petitio unter Umständen auch gegen einen Schuldner des Erblassers,

ahlung der Schuld, gerichtet werden kann, dann nämlich, wenn der lagte selbst Erbe zu sein behauptet und aus diesem Grunde die Zahlung gert, welchenfalls er als iuris possessor haftet, wogegen dem Erben er denjenigen, welcher, wie hier die Beklagten, ohne eigenes Erbrecht zu itendiren, die Existenz der Schuld oder das Erbrecht des Klägers in rede stellt, nur die betreffende Singularschuldklage zusteht.

Fr. 13 § 15, fr. 42 de H. P. 5. 3; Francke a. a. O. S. 185 f.

Die Beschwerde endlich, welche die Beklagten wegen Nichtberücksichtigung ihrer Compensations- und Retentionseinrede, betreffend die angeblich ausgabten Beerdigungskosten, erhoben haben, kann als begründet nicht ten. Der Erbschaftsklage gegenüber findet eine Compensation mit einer egenforderung auf Erstattung bestrittener Geldausgaben überhaupt nicht tt; aber auch die Verhandlung über eine Retentionseinrede wegen einzelner wendungen des Beklagten gehört nicht in den Erbschaftsstreit selbst, in chem, wie hier, über den Anspruch der Kläger auf Herausgabe der erbschaftlichen *universitas* zu entscheiden ist, sondern in dasjenige Liquidationsverfahren, welches demnächst, sofern in der Hauptsache für die läger zu erkennen, über die einzelnen, den Beklagten dann obliegenden istungen zuzulegen sein und in welchem es den Beklagten unbenommen iben wird, die fragliche Verwendung als einen die herauszugebenden erthbeträge von selbst mindernden Passivposten des Nachlasses geltend zu achen (Seuffert Archiv Bd. 12 Nr. 49).

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Civilsenat) v. 4. Novbr. 1879 i. S. der Wittwe Bamberg in Langenhagen und Genossen w. den Vollmeier Krüger Nr. 10 zu Langenhagen und dessen Sohn Albert Krüger daselbst wegen Erbschaft. (W.)

II. Passivlegitimation bei der hereditatis petitio gegen eine Person, che auf Grund eines angeblichen Legats aus einem nach Behauptung des Klägers ungültigen Testamente Besitz ergriffen hat.

Vgl. die vorige Nr. unter *.

In 2. Instanz wurde Folgendes ausgeführt: „Die Kläger scheinen ihre ge als hereditatis petitio anzusehen, und auch das angef. Erk. theilt e Auffassung, aber mit Unrecht. Es ist nicht behauptet, daß die Beklagte pro herede oder pro possessore besitze; im Gegentheil, es ist von Klägern gesagt, daß sie sich auf einen singulären Titel, auf Grund es angeblichen Singularvermächtnisses, in den Besitz der Sachen gesetzt e. Die bloße Bestreitung des klägerischen Erbrechts kann bei der editatis petitio die Passivlegitimation der Beklagten nicht herstellen:

42 de H. P. 5. 3 u. const. 4 in quib. caus. cessat 7. 34 u. überhaupt Windscheid Pand. Bd. 3 § 614 Nr. 1.

Ja, die Beklagte, welche mit demjenigen Vermächtniß honorirt zu sein behauptet, womit die Kläger als Erben onerirt sein sollen, kann verständigerweise das Erbrecht der Kläger nicht bestreiten, und die Kläger können nach ihrer eigenen Darstellung des Sachverhältnisses ein solches Bestreiten nicht behaupten. Daher ist durchaus unerfindlich, wie unter diesen Parteien ein Proceß über das Erbrecht geführt werden könnte. Possessorisch ist der Erbe auch gegen diejenigen Personen, welche sich aus einem Specialtitel eigenmächtig in den Besitz von Nachlaßsachen gesetzt haben, durch die Interdicte quod legatorum und quorum bonorum — durch letzteres, insofern dagegen die Berufung auf den Singulartitel nicht hilft (const. 3 quor. bonor. 8. 2; Windscheid a. a. O. § 617) — gedeckt, wodurch er den thatsächlichen Zustand, wie er zur Zeit des Todes des Erblassers war, wieder herstellt, ohne ein Recht des Erblassers an den Sachen nachweisen zu müssen: petitorisch kann er gegen Besitzer aus einem Specialtitel, wenn er die possessorische Hülfe verschmäht, nur mit dem Nachweis des Rechts des Erblassers, als seines Auctors, durchdringen. Die angestellte Klage kann also, aus dem Gesichtspuncte des petitorii angesehen, nur die rei vindicatio oder die Publiciana sein; aber es bedarf keiner Ausführung, daß es dazu an jeder Substantiirung fehlt."

In der bestätigenden Entscheidung letzter Instanz wurde bemerkt: Dem Berufungsrichter kann darin, daß die erhobene petitorische Klage, welche nur als hereditatis petitio aufgefaßt werden kann, der genügenden factischen Begründung ermangelt, nur beigestimmt werden, zumal dafür, daß die Beklagte pro herede besitze, überall nichts, vielmehr das Gegentheil behauptet ist und durch die Anführungen, daß die Beklagte auf Grund eines Legats sich in den Besitz von Nachlaßsachen gesetzt habe, daß jedoch das Testament, durch welches dieses Legat errichtet worden, nicht zu Recht bestehe, nicht dargelegt wird, daß die Beklagte pro possessore besitze, indem derjenige, welcher aus einem nichtigen Titel Erbschaftssachen besitzt, nur dann als pro possessore possidens anzusehen ist, wenn er im Bewußtsein der Nichtigkeit des Titels Besitz ergriffen hat:

vgl. fr. 13 § 1 de H. P. 5. 3; Francke Comm. über den Pand.-Titel de hered. petit S. 142 ff.; Windscheid Pand. § 614 Not. 5; Puchta Vorles. § 515,

es aber an jeder Behauptung fehlt, daß der Beklagten bei Hinnahme der Nachlaßsachen das Bewußtsein der Nichtigkeit ihres Titels beigewohnt habe.

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 13. März 1877 i. S. v. Uffel u. Conf. w. Lehmann wegen Erbschaft und Manifestation.

(D.)

142. Intestatcodicill oder Vermächtnißvertrag?* Unzulässigkeit der Conversion einer codicillarischen Verfügung in einen Erbvertrag.

*Vgl. Bd. 30 Nr. 42 u. d. dort. Nachw. Ferner Bd. 33 Nr. 317 u. d. dort. Nachw.

„Die Urkunde vom 11. Octbr. 1876 stellt sich äußerlich als ein Intestatcodicill dar. Denn es hat L. in derselben eine auf seinen Todesfall berechnete Willensverordnung, die er „Legat" nennt, niedergelegt; er hat dieselbe als „Testirer" unterzeichnet, und nach ihm haben, wie es bei gewöhnlichen schriftlichen Codicillen vorgeschrieben ist, fünf Zeugen ihre Unterschriften beigesetzt. Da nicht zu vermuthen, daß diese Förmlichkeiten nur zufällig und ohne bestimmte Absicht eingehalten wurden, so weist schon der erste Anblick und die äußere Form der Urkunde auf die Willensmeinung des L. hin, mittels derselben ein Legat in schriftlicher Codicillsform zu errichten. Diese Willensmeinung wird durch den nähern Inhalt der getroffenen Disposition noch weiter bekräftigt. Nicht bloß benennt sich L. im Context der Urkunde nochmals als Testirer, sondern er erklärt auch ausdrücklich, daß den Beklagten in Rücksicht auf ihre bisherigen Dienstleistungen „vor allen seinen Leibeserben ein Legat zukommen solle", daß dies seine „Willensmeinung" sei und daß darnach „den benannten Erben nach seinem Todestage der Schuldschein des Fr. K. zukommen solle". Allerdings wird in der Urkunde, nachdem der Inhalt der getroffenen Bestimmung aufgeführt ist, mit den Worten fortgefahren, daß L. versprechе, daß Vorstehendes seine Gültigkeit haben solle, daß er es als rechtsgültig anerkenne und daß es wörtlich gehalten werden solle. Allein im Zusammenhalt mit dem übrigen Inhalt der Urkunde ist diesen Worten keine erhebliche Bedeutung beizulegen; sie lassen sich theils auf die augenscheinliche Unbeholfenheit des Schriftverfassers zurückführen, theils daraus erklären, daß L. wegen der ihm geleisteten Dienste sich verpflichtet fühlte, die Beklagten mit einem Vermächtniß zu bedenken. Jedenfalls kann aus jenen Worten nicht abgeleitet werden, daß L. nicht ein eigentliches Codicill errichten, sondern vielmehr einen Vermächtnißvertrag habe eingehen wollen. Einmal bedürfte es viel bestimmterer Erklärungen, als in den genannten Ausdrücken zu finden sind, um eine vertragsmäßige Verpflichtung dieser Art annehmen zu können (vgl. Seuffert Archiv Bd. 9 Nr. 48; Württemb. Archiv Bd. 17 S. 218 ff.); außerdem kommt noch hinzu, daß die Beklagten, welche als die eigentlichen Vertragserben zu betrachten wären, bei der Aufnahme der Urkunde vom 11. Octbr. 1876 gar nicht anwesend, also als Contrahenten nicht thätig waren, und daß es für die Unterstellung, der mitanwesende Vater der Beklagten sei zu Gunsten der Letzteren den angeblichen Vermächtnißvertrag mit L. eingegangen, an jedem positiven Anhaltspuncte in der Urkunde selbst und den sie begleitenden Umständen mangelt. Erwägt man schließlich noch, daß die Urkunde nicht, wie es andernfalls hätte geschehen müssen, an die

Beklagten als die Vertragsberechtigten ausgefolgt wurde, sondern vielmehr, wie es bei privatim errichteten letztwilligen Verordnungen gebräuchlich ist, im Besitze des L. zurückblieb und nach seinem Tode unter dessen Papieren sich vorfand, so wird jeder Zweifel daran hinfällig, daß L. ein Legat in schriftlicher Codicillsform hinterlassen hat und nicht einen Vermächtnißvertrag eingegangen ist. Damit ist aber zugleich auch die Annahme des Unterrichters beseitigt, daß die Urkunde vom 11. Octbr. 1876, welche unbestrittenermaßen als Intestatcodicill wegen Mangels der Form nicht zu Recht besteht, als ein an keine Form gebundener Vermächtnißvertrag aufrecht erhalten werden könne. Testamentarische oder codicillarische Dispositionen sind einseitige, jederzeit widerrufliche Willensverordnungen. Von demjenigen, welcher eine solche Verfügung erläßt, kann der Regel nach nicht angenommen werden, daß er sich vertragsmäßig verpflichten und damit auf die Möglichkeit uneingeschränkten Widerrufs habe verzichten wollen. Deshalb ist die Conversion einer codicillarischen Verfügung in einen Vermächtnißvertrag nicht rechtlich statthaft, weil das Wollen der ersteren das gleichzeitige Wollen des letzteren, bei dem bestehenden Gegensatze beider, ausschließt. Hat daher, wie ausgeführt wurde, der verstorbene L. ein Codicill beabsichtigt, so kann diese von ihm gewollte letztwillige Verordnung in der Form eines singulären Erbvertrags um so weniger aufrecht erhalten werden, als L. thatsächlich in keiner Weise zu erkennen gegeben hat, daß seine Verfügung auch in einer andern Gestalt bestehen und gelten solle, als in der augenscheinlich beabsichtigten Form eines Intestatcodicills."

Entsch. des Obertribunals zu Stuttgart v. 23. April 1878 i. S. Leiblich w. Leiblich. (St.)

---

143. Pflichttheilsrecht bei zu Lebzeiten des Erblassers erfolgter sog. erfrühter Erbfolge in den Bauerhof.

Vgl. Bd. 9 Nr. 193; Bd. 11 Nr. 67, 264; Bd. 12 Nr. 286; Bd. 17 Nr. 76; Bd. 28 Nr. 137; Bd. 34 Nr. 138 (sowie oben Nr. 45).

Der Hauswirth B. übergab am 11. Novbr. 1865 seinen Hof nebst allem Zubehör und Inventar, auch „Schuld und Unschuld", seiner ältesten Tochter. Sein auf den Altentheil mitgenommenes bzw. auf diesem erworbenes Vermögen wandte er durch eine spätere letztwillige Verfügung ausschließlich seinen übrigen Kindern zu. Die älteste Tochter erachtete sich hierdurch in ihren Pflichttheilsrechten verletzt. Das angegangene OG. entschied, daß ihr ohne Rücksicht auf die durch den Vertrag vom 11. Novbr. 1865 ihr gemachten Zuwendungen von dem Nachlasse ihres Vaters der Pflichttheil gebühre, indem eine zweimalige Beerbung des B. stattgefunden habe, im Jahre 1865 sowie nach seinem Tode, und hinsichtlich jedes Erb-

falles die Pflichttheilsrechte selbständig zu wahren gewesen seien. — Die übrigen Kinder erhoben Berufung. Sie machten geltend, daß die Klägerin sich Alles anrechnen lassen müsse, was sie im Jahre 1865 an Allod des Hofes empfangen habe, und daß hierdurch ihr Pflichttheil überreichlich gedeckt sei. Der der Klägerin gebührende Pflichttheil sei nur einer und derselbe vom gesammten, zusammenzurechnenden, wenn auch zu verschiedenen Zeiten vererbten Vermögen des Vaters. — Es wurde erkannt:

Die Hofesübergabe an den Anerben, welche nach Meierrecht allerdings in mehreren Beziehungen hinsichtlich des abgetretenen Vermögens dieselben Wirkungen hat wie der Uebergang eines Vermögens durch Universalsuccession und daher als anticipirte Erbfolge bezeichnet zu werden pflegt, ist nicht in jeder Beziehung der eigentlichen Universalsuccession nach dem Begriffe des röm. Rechts gleich zu stellen. Für die Annahme, daß im vorliegenden Falle von dem abtretenden Hofeswirthe eine solche beabsichtigt sei, enthält der Contract keine Anhaltspuncte. Offenbar hat hiernach der Vater nicht über sein gesammtes Vermögen disponirt, vielmehr der Tochter nur den Hof mit Zubehörungen und Inventar übergeben, also seine Verfügung auf singulas res beschränkt, während er sein nicht unerhebliches Baarvermögen reservirt und andrerseits auch die Verpflichtung zur Bezahlung einer noch restirenden Abfindungsschuld übernommen hat. Diesen ausdrücklichen Bestimmungen gegenüber kann auf den im § 5 befindlichen Ausdruck „mit Schuld und Unschuld" Gewicht nicht gelegt werden. Es fehlt demzufolge an einem genügenden Grunde für die Annahme, daß eine doppelte Beerbung des Vaters stattgefunden habe. Die eigentliche Beerbung desselben ist erst mit seinem Tode eingetreten, und sein Nachlaß, von welchem der Pflichttheil zu berechnen ist, besteht sowohl aus dem bei seinem Tode vorhandenen als auch aus dem schon vorher übergebenen Vermögen. Letzteres hat sich mithin die Widerklägerin bei Feststellung des geforderten Pflichttheils in Anrechnung zu bringen, soweit es — abgesehen von dem Hofe selbst, an welchem ihr ein unentziehbares Anerbenrecht zusteht — nach Maßgabe der Redintegrirungsverordnung von 1699 überall bei der Auseinandersetzung des Anerben mit seinen Geschwistern in Betracht kommt.

Erk. des AG. zu Celle (2. Sen.) v. 18. Novbr. 1878. Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 10 S. 321 ff. (X.)

---

144. Zum Begriff des Losungsrechts (Retractrechts). Schranken der Privatautonomie in Begründung von Losungsrechten.

Nach württembergischem Rechte ist die „bedungene Losung" gestattet, nur müssen solche durch Vertrag bestellte Retractrechte, um gültig zu sein, ins Unterpfands- oder Güterbuch eingetragen werden. Die Kläger haben im Jahr 1853 einen Hausantheil verkauft und dabei ausbedungen, „daß

nach dem Tode der Käuferin die Verkäufer das beliebig auszuübende Vorrecht haben sollen, den Hausantheil um 250 Gulden wieder zu übernehmen' auch hernach dieses Recht als Losungsrecht im Güterbuch vormerken lassen Die Käuferin verkaufte den Haustheil weiter an den Beklagten, welcher sich nach ihrem Tode auf Grund seines Kaufvertrags in den Besitz setzte. Die Kläger erhoben Retractsklage auf Ueberlassung des Hausantheils gegen Entrichtung von 250 Gulden, wurden aber in höchster Instanz von dem OLG. abgewiesen.

„Die gesetzlichen Schranken, welche den Losungsrechten gezogen sind, können theils wegen der privilegirten Natur dieser Rechte, welche, ohne wirkliche dingliche Rechte zu sein, doch auf dritte Nichtpaciscenten fortwirken, theils wegen der volkswirthschaftlichen Bedeutung der Losungsrechte für den Immobiliarverkehr in denjenigen Beziehungen, welche den Begriff und die Entstehung eines Losungsrechts (und insbesondere die in Ziff. IV der württemb. Generalverordnung vom 2. März 1815 aufgestellten Grundsätze) betreffen, auf dem Wege der Privatautonomie nicht ausgedehnt werden. Das in Frage stehende Rückkaufsrecht aber hält sich nicht innerhalb des Begriffs und der gesetzlichen Schranken eines Losungsrechts. Während ein Losungsrecht nur anläßlich der Veräußerung der Sache und zwar dem Singularnachfolger gegenüber stattfindet, räumt der Vertrag von 1853 das nach dem Tode der Käuferin beliebig auszuübende Vorrecht des Rückkaufs ein, wonach dasselbe mithin auch den Erben gegenüber und ganz abgesehen von einem Veräußerungsfalle stattfinden soll. Und während den Gegenstand des Losungsrechts die Auslösung der Sache bei dem Erwerber, d. h. der Eintritt des Lösers in die von dem Käufer übernommenen Verpflichtungen bildet, dergestalt daß er den von diesem bezahlten Kaufpreis ersetzen, bzw. in die noch bestehende Kaufgeldsverpflichtung eintreten muß, ist vorliegenden Falls der Kaufpreis, um welchen zurückgekauft werden kann, zum Voraus fest auf die Summe von 250 Gulden bestimmt worden. Sonach erscheint das in Frage befindliche Rückkaufsrecht überhaupt nicht als ein Losungsrecht im rechtlichen Sinne des Worts, sondern als ein rein persönliches Recht, welchem eine Geltung gegenüber dem Beklagten als Singularnachfolger der Mitcontrahentin nicht eingeräumt werden kann."

Erk. des OLG. zu Stuttgart v. 30. Decbr. 1879 i. S. Z. w. B. (P.)

---

145. Reallasten-Rückstände: Haftung des Singularsuccessors.

Vgl. Bd. 28 Nr. 203 u. oben Nr. 47.

Der Besitzer der mit einem Altentheil belasteten Stelle haftet, auch die Reallasteneigenschaft des Altentheils vorausgesetzt, nicht für die aus der Zeit des Vorbesitzers der Stelle noch rückständigen Leistungen, da solch

Rückstände nach richtiger Ansicht nicht die Eigenschaft dinglicher Ansprüche an sich tragen, sondern als persönliche Forderungen zu behandeln sind.

Erk. des AG. zu Celle (2. Sen.) v. 6. Januar 1876. Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 10 S. 311. (X.)

---

146. Entschädigung wegen gesetzlicher Aufhebung von Realprivilegien*. Begründung der Klage. — Entstehung der Realprivilegien durch Vertrag? Verleihung durch Klöster und Gutsherrschaften.

*Vgl. Bd. 1 Nr. 14 a. E., Nr. 311; Bd. 2 Nr. 123, 195; Bd. 11 Nr. 182; Bd. 15 Nr. 74; Bd. 16 Nr. 186.

„Die Kläger nehmen den Lübischen Staat auf Schadensersatz in Anspruch wegen eines den Klägern angeblich zuständig gewesenen, durch die lübische Gesetzgebung aber aufgehobenen Realgewerbeprivilegs. . . . Der Bauervogt A. G. zu Dummersdorf hatte vom St. Johanniskloster eine in Dummersdorf belegene Schmiede gekauft, zu welcher im Kaufcontract vier Dorfschaften . . . als zwangspflichtig bezeichnet waren. Als nun verschiedene Einwohner der letzteren ihre Schmiedearbeit anderweitig anfertigen ließen, erhob G. bei der Klostervogtei als richterlicher Behörde für die Klostergutsinsassen Klage gegen die Renitenten, und obwohl die in den Proceß eingetretenen Dorfschaften ihre Zwangspflichtigkeit überhaupt bestritten, . . . wurden sie doch . . . für zwangspflichtig erkannt, indem ihnen bei Strafe befohlen wurde, ihre Grobschmiedearbeiten bei der Dummersdorfer Schmiede verfertigen zu lassen. Es kam jedoch ein Vergleich zu Stande zwischen den vier Dorfschaften und den sämmtlichen Hauswirthen einer- und A. G. und dem Kloster andrerseits, inhalts dessen auf das eigentliche Zwangsrecht gegen eine Geldentschädigung verzichtet, dafür aber das Recht, die Anlegung einer zweiten Schmiede in dem streitigen Gebiete zu wehren, sei es anerkannt, sei es constituirt wurde, ein Recht nämlich, welches zum Mindesten praktisch, wenn nicht gar von Rechtswegen stets mit dem eigentlichen Zwangsrechte verbunden ist (vgl. Maurenbrecher deutsches Privatrecht § 353; Seuffert Archiv Bd. 1 Nr. 24).

Darnach kann es nicht zweifelhaft sein, daß es ein absolutes Verbietungsrecht, ein ausschließliches Gewerbsprivilegium war, welches nach der Absicht aller Betheiligten für G. resp. dessen Schmiedekathen fortan bestehen bleiben sollte und bestehen blieb, soweit das Zusammenwirken der damals thätigen Factoren diese Rechtswirkung herbeizuführen im Stande war.

Die klägerische Gerechtsame wurde durch das lübische Gesetz von 1866 aufgehoben, nicht erst durch die deutsche Gewerbeordnung, welche vielmehr die Gerechtsame solcher Art hier als bereits aufgehoben vorfand.

Daß nun in Ermangelung einer entgegenstehenden positiven Gesetzesvorschrift für die gesetzliche Aufhebung wohlerworbener Rechte stets Entschädigung verlangt werden könne, ist ein Grundsatz, zu dem sich das OAG. stets bekannt hat. Hier möge nur auf das auch von den Parteien angeführte Präjudicat: Lüb. Brauerzunft w. Fiscus hingewiesen werden. Der Grund dieser Entschädigungspflicht des Staats ist dann aber eben die von ihm geübte Expropriation, keineswegs eine Succession in die Verpflichtungen des Auctors, von welchem der Inhaber des aufgehobenen Rechts dasselbe herleitet, wie Beklagte irrthümlich anzunehmen scheint, so daß es an gehöriger Substantiirung der Passivlegitimation nicht fehlt.

Aber auch der von Beklagter hervorgehobene, von Klägern nicht bestrittene Umstand, daß bis jetzt noch keine weitere Schmiede in den vier Dorfschaften errichtet sei und daher von einer Werthverminderung des klägerischen Kathens gegenwärtig noch nicht geredet werden könne, ist nicht geeignet, die Klage auch nur als zur Zeit unbegründet erscheinen zu lassen. Stand der klägerischen Schmiede als eine Gerechtsame die Befugniß zu, die Errichtung einer andern Schmiede in den vier Dorfschaften zu hindern, so war, auch ohne ein damit verbundenes Zwangsrecht, doch in jedem Falle für die Bewohner jenes Bezirkes ein bis zu einem gewissen Grade wirksamer thatsächlicher Zwang gegeben, sich der klägerischen Schmiede zu bedienen, ein Zwang, der in der größeren Schwierigkeit und Umständlichkeit der Benutzung einer entfernter belegenen Schmiede seinen einfachen Grund hatte. Die Möglichkeit, seine Bedürfnisse bei einem Concurrenten zu befriedigen, ist nur in thesi immer vorhanden, in der Praxis ist sie an gewisse räumliche Bedingungen gebunden, dergestalt daß ein weiterer Weg und der damit verbundene größere Zeit- und Kostenaufwand selbst anderweitigen günstigeren Bezugsbedingungen die Wage hält. Diese Umstände erleichtern also dem näher wohnenden Gewerbtreibenden die Concurrenz und gewähren ihm, so lange er in der Lage ist, dieselben aufrecht zu erhalten, jede Veränderung abzuweisen, nicht nur ein ziemlich sicheres Absatzgebiet, was allein schon von erheblichem Werthe ist, sondern gestatten ihm sogar, seine Arbeit theurer zu verwerthen, als er bei freier und gleicher Concurrenz zu versuchen wagen dürfte, Vortheile, die deshalb auch schon durch die bloße Möglichkeit freier Concurrenz in Frage gestellt werden. Es läßt sich daher nicht bezweifeln, daß die mit dem Besitz eines Hauses verbundene ausschließliche Gewerbsberechtigung für einen gewissen District, insofern jenes dadurch für alle solche, die dieses Gewerbe betreiben wollen, begehrenswerther gemacht wird, geeignet ist, die Nachfrage und somit den Verkaufswerth zu steigern, und daß die Beseitigung der Ursache dieser günstigen Conjunctur mit dem Schwinden der letzteren einen reellen Ausfall im Vermögen der Kläger bewirkte.

Es wird darnach Alles darauf ankommen, ob — da Kläger einen

anderweiten Erwerbstitel des fraglichen Rechts nicht behaupten — die Acte von 1774[1]) einen solchen zu gewähren vermag. Daß Bannrechte — und solchen würde das in Rede stehende ausschließliche Gewerbebetriebsrecht in dieser Beziehung gleich stehen — nicht durch Vertrag zwischen demjenigen, der das Recht haben soll, und den Eingesessenen des Bezirks, selbst unter hinzutretender gerichtlicher Bestätigung, begründet werden können, ist unbedenklich anzunehmen. Aeltere Schriftsteller, welche allerdings den Vertrag unter den Entstehungsgründen der Bannrechte aufführen, lassen nicht erkennen, ob sie nicht darunter nur einen Vertrag mit dem zur Verleihung eines Privilegiums Berechtigten verstehen; neuere beschränken die Entstehung der Bannrechte auf Privilegium und unvordenkliche Verjährung (Gerber deutsches Privatrecht § 156 Not. 3). Wurde dagegen ein Vertrag zwar unter den obengedachten Subjecten des intendirten Rechts, aber unter Mitwirkung und Bestätigung der zur Verleihung eben dieses Rechts befähigten Autorität geschlossen, so würde diese Mitwirkung und Bestätigung allerdings als ein die Verleihung involvirender bzw. ihr äquivalenter Act wohl aufgefaßt und beurtheilt werden müssen. Somit kommt es denn schließlich auf die Frage an, ob das Kloster befugt war, das in Rede stehende Verbietungsrecht zu verleihen. Zur Bejahung dieser Frage wird man im Allgemeinen geneigt sein müssen. Es stehen hier Dörfer in Frage, welche sich nicht unter dem Banne städtischer Zunftrechte befanden, und überdies ein Gewerbe, welches auch da, wo Letzteres der Fall, wohl überall als ein auf dem Lande gestattetes anerkannt worden ist. Für Dorfbezirke aber darf man es, soweit sich nicht die Verbietungsrechte benachbarter Städte auf sie erstreckten, als das in früherer Zeit Gewöhnliche ansehen, daß die Ausübung von handwerksmäßigen Gewerben der Verfügung des Gutsherrn unterworfen war, sofern diesem die mit der niederen Polizei verbundene Gerichtsbarkeit zustand (vgl. v. Berg Polizeirecht Thl. 4 S. 110 ff., 120 ff.). Die Sache ist besonders in Beziehung auf diejenigen Gewerbe besprochen worden, welche auf dem Lande auch da zulässig waren, wo im Uebrigen der städtische Zunftzwang galt, namentlich in Beziehung auf Mühlen, Kalk- und Ziegelöfen, Schankstätten, Hökerei, auf das Gewerbe der Grobschmiede, Stellmacher u. s. w. — Nicht nur wird im Allgemeinen das Recht zur Concessionirung solcher Gewerbe als ein herkömmlich mit der niederen Polizei verbundenes bezeichnet (Eichhorn deutsches Privatrecht § 393; Klüber Staatsrecht 2. Aufl. § 375 Not. c), sondern speciell wird auch bestätigt, daß dieses Recht eben als Ausfluß der niederen Polizei auf dem Lande dem Guts- und Gerichtsherrn zustehe (Pütter Rechtsf. II. Thl. 4 S. 1060 ff.; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erört. Bd. 3 Nr. 49;

[1]) Nämlich ein Protocoll der Vogtei des St. Johannisklosters in Lübeck vom 31. Mai 1774 über die obige Vergleichsverhandlung.

Hagemann landwirthschaftl. Recht § 215, 216). Derselben Ansicht sind ohne Zweifel auch Runde deutsches Privatrecht § 417 a. E. und Danz Handbuch ad h. l. Bd. 4 S. 262 ff.), indem sie sagen, die Rittergutsbesitzer dürften ihren Hintersassen nicht gestatten, zum Nachtheil der städtischen Gerechtsame Handwerke zu treiben.

Eine Bestätigung bietet ferner der Mecklenburgische Erblandesvergleich von 1755 Art. XIV § 259 — 279, in welchem Normativbestimmungen festgestellt wurden, welche Handwerke im Verhältniß zu den Städten auf dem Lande zugelassen werden dürften, und unverkennbar vorausgesetzt wurde, daß innerhalb dieser Normativbestimmungen die Zulassung dem Guts- und Gerichtsherrn zustehe. Aehnliche Bestimmungen scheinen in dem Gandersheimer Landtagsabschied von 1601 vorzukommen (vgl. v. Berg a. a. O. Thl. 3 S. 430). In gleichem Sinne hat sich bereits das OAG. ausgesprochen, indem es hinsichtlich des einer Schankstätte in Genin von dem ehemaligen Domcapitel verliehenen Bannrechts erklärte, die Verleihung von Zwangs- und Bannrechten habe nach der bisherigen Verfassung der Guts- und Gerichtsherrschaft in ihrem Districte zugestanden (vgl. Bruhn Samml. II. S. 40, 43). Den Hamburger Klöstern, die zur Vergleichung heranzuziehen offenbar nahe liegt, scheint in ihren Gutsdistricten ebenfalls das Recht zur Concessionirung privilegirter Handwerker zugestanden zu haben (vgl. Westphalen Hamburgs Verfassung und Verwaltung Bd. 2 S. 336 ff., S. 402; Klefeker Samml. Bd. 11 S. 520)."

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 2. Decbr. 1876 in S. Haack und dessen Ehefrau w. das Finanzdepartement der Hansestadt Lübeck. (R.)

---

147. Recht des Pfarrers an den Pfarrgrundstücken; Ersitzung einer Dienstbarkeit für dieselben durch den Pfarrer.

Vgl. Bd. 1 Nr. 115; Bd. 12 Nr. 231, 300; Bd. 13 Nr. 84; Bd. 20 Nr. 18; Bd. 27 Nr. 155.

„Das Recht des Pfarrers an den zum Pfarrlehn gehörigen Grundstücken, deren Nutzungen einen Theil seines Diensteinkommens bilden, ist nach den Grundsätzen des canonischen Rechts kein bloßer Nießbrauch, sondern ein umfassenderes dingliches Recht, welches sich dem Rechte des Vasallen am Lehn nähert und zwischen dem Nießbrauch des röm. Rechts und dem Rechte des Vasallen am Lehngut in der Mitte steht.

Vgl. Richter in der Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 1 S. 249; Jacobson in Weiske Rechtslexikon s. v. congrua, Bd. 3 S. 29; Eichhorn Kirchenrecht Bd. 1 S. 743 ff.; Walter Kirchenrecht § 253.

Wie nun dem Vasallen vermöge seines dinglichen Nutzungsrechts am Lehn die Befugniß zusteht, auch Grunddienstbarkeiten für das Lehn zu erwerben (Feud. lib. II tit. 8 § 1), so wird die gleiche Befugniß auch dem

Pfarrer zu Gunsten der Grundstücke, deren Benutzung ihm als Theil seines Amtseinkommens gebührt, zugestanden werden müssen (c. 2 X. de don. 3. 24).

Aus vorstehenden Gesichtspuncten ist die Servitutenersitzung für eine Pfarrei durch den Pfarrer in der gemeinrechtlichen Praxis für zulässig erachtet worden (vgl. Seuffert Archiv Bd. 13 Nr. 84)."

Erk. des OAG. zu Dresden v. 28. Novbr. 1877. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 46 S. 232, 233. (X.)

---

148. Inwiefern sind Gastwirthe als Kaufleute und die von ihnen abgeschlossenen Kaufverträge als Handelsgeschäfte anzusehen?

„Der Gastwirth ist Kaufmann, insofern er gewerbsmäßig Waaren zur Weiterveräußerung anschafft. Die auf das Beherbergen von Gästen bezüglichen Geschäfte sind an sich nicht Handelsgeschäfte; wenn sie aber von einem Wirthe betrieben werden, welcher aus dem Beköstigen der bei ihm einkehrenden Personen ein Gewerbe macht, so sind sie im Verhältnisse zu diesem seinem Handelsgewerbe, zu dessen Förderung sie dienen, Hülfsgeschäfte, und aus diesem Gesichtspuncte gehören sie zum Betriebe seines Handelsgewerbes. Folgeweise sind Möbeln und Betten, welche er für die Zwecke der Beherbergung von Gästen verwendet, als Gegenstände anzusehen, welche bei dem Betriebe des Handelsgewerbes unmittelbar benutzt werden, und die Anschaffung derartiger Mobilien seitens des Gastwirths mit der bezeichneten Verwendungsabsicht hat nach Art. 273 Abs. 2 des HGB. als Handelsgeschäft zu gelten (vgl. Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts Bd. 1 § 57 S. 667. 2. Aufl.; Entsch. des ROHG. Bd. 10 S. 243 ff.)."

Erk. des ROHG. zu Leipzig v. 18. Septr. 1877. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 46 S. 264. (X.)

---

149. Klage eines Handelsgesellschafters gegen den andern auf Anerkennung* einzelner streitiger Ansprüche nach Auflösung der Gesellschaft vor Beendigung des Liquidationsgeschäfts**.

*Vgl. Bd. 34 Nr. 84 u. dort. Nachw.; vgl. auch Bd. 33 Nr. 56 S. 79. — **Vgl. Bd. 23 Nr. 127.

Die Bestimmungen in Art. 133 f. des HGB. weisen deutlich darauf hin, daß, wie dies auch die Natur der Sache mit sich bringt, behufs Aufhebung der zwischen den Mitgliedern einer aufgelösten Handelsgesellschaft bestehenden Gemeinschaft zunächst durch Beendigung der laufenden Geschäfte, Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, Herbeiziehung und Versilberung sämmtlicher Bestandtheile des gemeinschaftlichen Vermögens das von der Gesellschaft betriebene Geschäft vollständig abzuwickeln und erst nach

vollzogener Abwicklung die schließliche Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern herbeizuführen ist. Zu diesem Behuf werden die Liquidatoren in der Regel einen Vertheilungsplan entwerfen, durch welchen festgestellt wird, was einem jeden der Gesellschafter aus der Gemeinschaftsmasse gebühre und was etwa der eine an den andern zu Ausgleichung von Ansprüchen aus der Societät herauszuzahlen habe, und erst nunmehr ist es an der Zeit, Streitigkeiten, welche über die Auseinandersetzung entstehen und durch gütliche Einigung nicht beizulegen sind, zur richterlichen Entscheidung zu bringen, erst nunmehr läßt sich das gesammte Rechtsverhältniß, wie solches in Folge der Auflösung der Societät und der Abwicklung des Geschäfts zwischen den Gesellschaftern sich gestaltet, mit Sicherheit überblicken und zu einer definitiven Entscheidung darüber gelangen, ob und was jeder Socius zu erhalten, bzw. zu gewähren habe. — Die Zulassung einer selbständigen Processführung über einzelne Differenzpuncte, so lange die Ergebnisse der Liquidation und die Unterlagen der Auseinandersetzung noch nicht vollständig vorliegen, könnte zu einer unnützen Häufung von Processen in der nämlichen Angelegenheit führen, und die getrennte Verhandlung und Entscheidung connexer Streitpuncte würde den Interessenten die Wahrnehmung ihrer Rechte unnöthig erschweren, unter Umständen auch auf die richterliche Beurtheilung der einzelnen Streitfragen einen nachtheiligen Einfluß gewinnen können. In der Regel kann daher ein Gesellschafter nicht genöthigt werden, auf einen Rechtsstreit sich einzulassen, welcher über einzelne Differenzpuncte, ehe noch das Liquidationsgeschäft bis zur Herbeiführung einer definitiven Auseinandersetzung der Socien gediehen ist, von einem andern Gesellschafter gegen ihn anhängig gemacht wird. Eine Klage auf Erledigung solcher Differenzpuncte stellt sich als Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einzelner Ansprüche dar, und eine derartige Klage ist nur statthaft, wenn Kläger an der Feststellung der betreffenden Rechtsverhältnisse ein gegenwärtiges rechtliches Interesse hat (vgl. § 147 des sächs. bürgerl. Gesetzbuchs; vgl. auch § 231 der Civilproceßordnung für das Deutsche Reich). Ein Interesse daran aber, daß die Entscheidung über einzelne Streitpuncte nicht so lange verschoben werde, bis die definitive Auseinandersetzung der Socien erfolgen kann, wird in der Regel für keinen der Gesellschafter vorhanden sein, im Gegentheil das Interesse überwiegen, welches die Betheiligten an gleichzeitiger Verhandlung sämmtlicher Differenzen in einem einzigen Rechtsstreite haben.

Erk. des ROHG. zu Leipzig v. 4. Febr. 1878. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 46 S. 369 ff. (X.)

150. Kauf auf Probe: Genehmigung der Waare durch Stillschweigen; inwiefern bedarf es einer vorgängigen Aufforderung des Käufers zur Erklärung?

Vgl. Bd. 34 Nr. 200.

„Der Art. 339 des HGB. bestimmt im 4. Absatz:

> Ist die auf Besicht oder Probe verkaufte Waare zum Zweck der Besichtigung oder Probe bereits übergeben, so gilt das Stillschweigen des Käufers bis nach Ablauf der Frist oder auf die Aufforderung als Genehmigung.

Aus dem Zusammenhang dieser Bestimmung mit dem 2. und 3. Absatz dess. Art. ergiebt sich, daß unter dem als Genehmigung geltenden Stillschweigen des Käufers 1., falls eine Frist zur Abgabe der Erklärung desselben verabredet oder ortsüblich ist, das Schweigen bis nach Ablauf dieser Frist und 2., falls eine solche Frist weder verabredet noch ortsüblich ist, das Schweigen auf eine nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit vom Verkäufer an den Käufer gerichtete Aufforderung zur Erklärung zu verstehen ist. Demnach bedarf es nur im zweiten Falle einer Aufforderung zur Erklärung von Seiten des Verkäufers, um das Präjudiz der Genehmigung herbeizuführen, wogegen dasselbe im ersten Falle mit dem Ablauf der Frist von selbst eintritt. In der Nichtigkeitsbeschwerde wird die Ansicht aufgestellt, dies gelte nur von solchen Fristen, deren Anfangstermin bestimmt sei, wogegen es bei Fristen mit unbestimmtem Anfangstermin[1]) einer Aufforderung von Seiten des Verkäufers ebenso bedürfe, wie wenn keine Frist verabredet wäre. Der Wortlaut des Art. 339 enthält nichts, was eine derartige Unterscheidung rechtfertigen könnte. Auch aus der Natur der Sache läßt sie sich nicht ableiten. Dafür könnten folgende Erwägungen geltend gemacht werden: Wenn ein Kauf auf Probe geschlossen worden, so seien zwar die Pflichten aus dem Kaufvertrage für den Käufer nicht entstanden, bevor er die Waare genehmige; gleichwohl sei ein bindendes Rechtsgeschäft zu Stande gekommen, welches für den Käufer gewisse Verpflichtungen begründe, insbesondere die Pflicht, die ihm zum Zwecke der Probe gegebene Waare aufzubewahren und eine Erklärung abzugeben, ob er sie genehmige oder nicht. Gerathe er bezüglich dieser Verpflichtung in Verzug, so träfen ihn die Folgen, welche das Gesetz mit dem Schweigen des Käufers verbinde. Wie es nun, um einen Schuldner in Verzug zu setzen, einer Mahnung überhaupt nicht bedürfe, wenn ein bestimmter Zeitpunct für die Erfüllung der Verbindlichkeit verabredet worden, so sei demgemäß auch in Art. 339 bestimmt, daß es einer Aufforderung des Ver-

[1]) Im vorliegenden Falle war eine Probezeit von sechs Tagen verabredet, als deren Anfang derjenige Zeitpunct gelten sollte, in welchem zuerst nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange es dem Käufer möglich sein würde, die Probe anzustellen.

käufers gegenüber dem Käufer, sich wegen der Genehmigung zu erklären, nur dann bedürfe, wenn nicht eine Frist für Abgabe dieser Erklärung ausdrücklich verabredet oder als ortsgebräuchlich für stillschweigend bedungen anzusehen sei. Hieraus folge aber, daß diese Bestimmung nur in denselben Grenzen gelte, wie die Regel dies interpellat pro homine, mithin nur dann, wenn die Erfüllungszeit so bestimmt verabredet sei, wie eine Mahnung lauten müßte (Entsch. des ROHG. Bd. 14 S. 34). — Hiergegen aber kommt in Betracht, daß die Erklärung des Käufers, ob er die auf Probe verkaufte Waare genehmige oder nicht, im HGB. nicht als Erfüllung einer Verbindlichkeit, sondern als Erfüllung einer im Willen des Käufers stehenden Bedingung aufgefaßt wird. Es ist seinem Belieben überlassen nicht allein, ob er die Waare genehmigen will oder nicht, sondern auch, ob er eine Erklärung über die Genehmigung abgeben will oder nicht. Unterläßt er darüber eine Erklärung abzugeben, so treffen ihn nicht die Folgen, welche die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit nach sich zieht (Zwang zur Erfüllung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung), sondern lediglich die Folge, daß bezüglich der Frage, ob durch seine Genehmigung die Bedingung erfüllt sei, dem Schweigen des Käufers die vom Gesetz bestimmte Deutung gegeben wird (Genehmigung, wenn die Waare übergeben ist, Nichtgenehmigung im entgegengesetzten Fall). Der Eintritt dieser Folge ist nur davon abhängig, daß Käufer sich nicht rechtzeitig erklärt, nicht aber davon, daß Käufer sich im Verzuge befindet. Daher ist es unzulässig, die Vorschrift des Art. 339 bezüglich der Frage, ob und wann eine Aufforderung an den Käufer zu richten sei, als eine Anwendung der Grundsätze über das Erforderniß der Mahnung beim Verzuge des Schuldners zu betrachten und aus diesen Grundsätzen den Sinn jener Vorschrift zu bestimmen. Aus den Motiven zum Art. 255 des preuß. Entwurfs eines HGB., welcher im Wesentlichen unverändert als Art. 339 in das HGB. übergegangen ist, ergiebt sich, daß die in Rede stehende Vorschrift nicht aus den allgemeinen Grundsätzen über Verzug, sondern aus der Eigenthümlichkeit des Kaufs auf Probe herzuleitet ist. Der Verkäufer, welcher an den Kauf gebunden ist, während es im Belieben des Käufers steht, sich davon loszusagen, hat ein Interesse daran, daß diese einseitige Verbindlichkeit nicht auf unbestimmte Zeit fortdauere. Für den Fall, daß nicht im Kaufvertrage durch ausdrückliche oder stillschweigende Verabredung einer Frist zur Abgabe der Erklärung des Käufers dieses Interesse gewahrt ist, gewährt das Gesetz dem Verkäufer ein Mittel, die Entscheidung herbeizuführen. Es wurde in Erwägung gezogen, ob dem Verkäufer zu diesem Zweck, wie im preuß. allg. Landrecht (Thl. 1 Tit. 11 § 337) das Recht, die Bestimmung einer Erklärungsfrist durch den Richter zu erwirken, einzuräumen, oder im Gesetze eine Erklärungsfrist festzusetzen, oder dem Verkäufer die Befugniß beizulegen sei, nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit den Käufer zur Erklärung

...zufordern. Das letztgedachte Mittel wurde für das dem Bedürfniß des ...handelsverkehrs am meisten entsprechende erachtet und deshalb angenommen ...Motive S. 136; Protocolle S. 609 ff., 1367 ff.). Die Vorschrift des ...rt. 339, daß in Ermangelung einer verabredeten oder ortsgebräuchlichen ...rist der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit ...n Käufer zur Erklärung auffordern kann, ist dazu bestimmt, für den Fall ...nes keine Erklärungsfrist festsetzenden Vertrags eine Abhülfe zu gewähren. ...ie leidet daher keine Anwendung, wenn die Contrahenten schon im Ver...age eine Bestimmung hinsichtlich der Erklärungsfrist getroffen haben, ...ichviel wie diese Bestimmung lautete. Es ist daher unzulässig, die ...dachte Vorschrift in einem Falle der hier vorliegenden Art anzuwenden, ...n im Vertrage nach der Feststellung des Appell.-Richters eine Erklärungs...st festgesetzt worden ist, wenn auch der Anfang derselben nicht nach ...m Kalender oder nach dem Eintritt eines in Ansehung der Zeit gewissen ...reignisses fest bestimmt wurde."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 9. Mai 1879. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1879 S. 565 ff. (X.)

---

51. Kauf nach Probe*. Art. 355 des HGB. ist auf den Fall ver...ragswidriger Lieferung der Waare nicht zu beziehen**. Die ädilitischen Rechtsmittel gelten auch beim Handelskauf.

...gl. Bd. 31 Nr. 325 u. d. dort. Nachw. — **Vgl. Bd. 27 Nr. 112, 219. Auch oben Nr. 60.

. . . Ob ein wahrer Kauf nach Probe im Sinne des Art. 340 des ...GB. geschlossen sei, bildet wesentlich eine Interpretationsfrage des einzelnen ...alles (Entsch. des ROHG. Bd. 2 S. 420—422), und es muß aus den ...ständen ersichtlich sein, daß der Verkäufer inhalts der Vertrags...edingungen selbst eine Verpflichtung dahin übernommen hat, ...ß die Waare einer Probe gemäß sei. Dazu gehört aber nothwendig, daß ...e Contrahenten über die Identität der Probe vor dem Vertragsabschlusse ...reits einig geworden sein müssen. Beklagte sagt nun selbst . . ., der ...agliche Kauf sei am 20. August 1878 in Kassel zum Abschlusse ge...agt, und es soll nur dabei verabredet sein, daß Klägerin eine Probe ...Weizens noch einzusenden habe. Deshalb und weil die Vertragsabsicht ...r Parteien nicht wohl dahingegangen sein kann, daß Beklagte jede be...ige, von der Klägerin einzusendende Probe als solche zu genehmigen ...alten sein solle, hätte eine solche Genehmigung der demnächst von der ...gerin eingesandten Probe von der Beklagten erst erklärt sein müssen, ...s einen wahren Verkauf nach Probe zu Stande zu bringen. Der An...hme jedoch, daß in dieser Maße contrahirt sei, steht die eigene obige ...ärung der Beklagten, es sei die Perfection des Handels schon vor

Absendung der Probe eingetreten, entgegen, und es kann demnach ihre ganzen Behauptung über die hinsichtlich der Probe getroffene Verabredung nur der Sinn untergelegt werden, daß der Beklagten durch Zusendung der Probe eine Gelegenheit hat gegeben werden sollen, sich zu überzeugen, wie der von ihr bereits gekaufte Weizen . . . muthmaßlich ausfallen würde. . . .

Mit Recht bestreitet dagegen Beklagte im Uebrigen die Deduction der vorigen Richter, daß sie verpflichtet gewesen sei, an Stelle der von der Klägerin zurückgenommenen 100 Centner andere 100 Centner anzunehmen, deren Absendung die Klägerin in ihrem Schreiben vom 5. Septbr. angekündigt hat. . . . Entscheidend ist, daß nach geschehener Zurückweisung der erstmalig von der Klägerin gesandten 100 Centner die Voraussetzungen des Art. 355 und somit auch des Art. 356 gar nicht vorlagen, indem die Annahme des OG., daß in dieser Beziehung die Lieferung einer vertragswidrigen Waare der Nichtlieferung gleich zu achten sei, unbedenklich verworfen werden muß. Der Art. 355 unterstellt, daß der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge sei, also die Erfüllungszeit nicht eingehalten habe. Wie es dem schon begrifflich nicht gleich steht, wenn er die Waare rechtzeitig, aber in vertragswidriger Qualität übergiebt, so lassen auch die sonstigen Bestimmungen des HGB. in keiner Weise ersehen, daß dieser zweite Fall nach Art. 355 habe behandelt werden sollen. Die Verpflichtung des Käufers, die vertragsmäßig beschaffene Waare zu empfangen, ist im Art. 346 ausgesprochen. Die Frage aber, welche Rechte dem Käufer bei entgegengesetzter Qualität der gelieferten Waare zustehen, ist dort nicht geregelt, eben so wenig in den Art. 347 und 348; hierüber sind daher nach Art. 1 in Ermangelung abweichender Handelsgebräuche die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts maßgebend, und diese gewähren dem Käufer in den geeigneten Fällen die ädilitischen Rechtsmittel und zwar zu sofortiger Geltendmachung. Nirgends ist auch nur angedeutet, daß die positive Vorschrift im Art. 356, wonach der Käufer dem mit Uebergabe der Waare im Verzuge befindlichen Verkäufer eine Nachfrist zu gestatten hat, die civilrechtliche Zuständigkeit der ädilitischen Klagen und Einreden für den Fall vertragswidriger Qualität der gelieferten Waare habe correctorisch einschränken, insbesondere das Recht des Käufers auf Redhibition an die vorgängige Gewährung einer Nachfrist habe knüpfen sollen.

Puchelt Commentar Bd. 2 zu Art. 355 S. 263 unter 1a; Entsch. des ROHG. Bd. S. 398 f.; Seuffert Archiv Bd. 27 Nr. 219, 112.

Diesemnach und da hier ohne Frage trennbare Gegenstände, an nicht etwa für einen Gesammtpreis, verkauft waren, sowie in ferner Betracht, daß der richtigen Ansicht nach die ädilitischen Rechtsmittel an bei einem Genuskaufe Anwendung finden (v. Vangerow Lehrbuch Bd.

609 Anm. 1; Entsch. des ROHG. a. a. O. S. 399[1]), war die Beklagte, falls die erstmalig gesandten 100 Centner die . . . bei dem Vertragsschlusse zugesicherte Qualität guten Landweizens nicht hatten, zu insoweitiger Redhibition des Handels berechtigt, nachdem sie, unbestrittenermaßen zeitig, die fragliche Lieferung zur Disposition der Klägerin gestellt hatte, und diese der Beklagten erwachsene Zuständigkeit, von welcher dieselbe schon mittels ihres Schreibens vom 3. Septbr. Gebrauch machen zu wollen erklärt hat, konnte ihr die Klägerin nicht dadurch schmälern oder vereiteln, daß sie ihr andere 100 Centner, als wenn nicht redhibirt wäre, aufzudrängen suchte.

Urtheil des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 26. Septbr. 1879 i. S. Gebr. Plaut w. S. S. Eichenberg wegen Forderung. (W.)

---

152. Deposition der verkauften Waare von Seiten des Verkäufers im Falle des Verzugs des Käufers. Art. 343 Abs. 2 des HGB.

Vgl. Bd. 23 Nr. 247; Bd. 24 Nr. 261; Bd. 32 Nr. 273.

„Diese Vorschrift (nämlich Art. 343 Abs. 2 des HGB.) ermächtigt nicht erst den Verkäufer zur Niederlegung; denn die Niederlegung der Waare ist ihm an sich, auch wenn der Käufer sich nicht mit der Empfangnahme im Verzuge befindet, gestattet; vielmehr liegt die Bedeutung der Vorschrift darin, daß der Käufer die Gefahr und Kosten der Niederlegung zu tragen hat, wenn ihm ein Empfangnahmeverzug zur Last fällt. Es ist weder vorgeschrieben, daß die Niederlegung dem Käufer angedroht, noch daß der Depositar zur Aushändigung der Waare an den Käufer ermächtigt oder doch von dem Sachverhalt in Kenntniß gesetzt werden müsse. Wie der Zusammenhang mit dem vorhergehenden Abs. 1 ergiebt, verleiht die fragliche Bestimmung dem Verkäufer nur die Befugniß, sich der Sorge für die Aufbewahrung der Waare zu entledigen.

Vgl. v. Hahn Commentar 2. Aufl. Bd. 2 S. 271; Lamprecht in Busch Archiv N. F. Bd. 1 S. 50, 51; Erk. des OAG. zu Dresden in Seuffert Archiv Bd. 23 Nr. 247.

Der Art. 343 rechtfertigt auch nicht die der Nichtigkeitsbeschwerde zum Grunde liegende Ansicht, daß der Verkäufer die Waare in Ausübung seines Rechts aus dem erwähnten Artikel deponiren müsse, wenn die Niederlegung als diesem Artikel entsprechend geschehen angesehen werden soll. Nach dem Artikel hat vielmehr der Käufer ohne Weiteres die Gefahr und Kosten der Niederlegung zu tragen, wenn er sich mit der Empfangnahme in Verzug befindet. Daraus, daß der Käufer die Gefahr und Kosten der Niederlegung zu tragen hat, folgt wenigstens für den nach der

[1]) Vgl. dieses Archiv Bd. 24 Nr. 303; Bd. 26 Nr. 231; Bd. 27 Nr. 15, 219.

Feststellung des Appell.-Richters, hier vorliegenden Fall, wo der Verkä die Waare dem Käufer am Erfüllungsort in gehöriger Weise angeb hat und der Verzug des Käufers in Folge der Unterlassung der Abna eingetreten ist, daß der Verkäufer nicht verpflichtet ist, die Waare einmal an den Erfüllungsort bringen zu lassen, daß er vielmehr se Verpflichtung zur Erfüllung des Kaufvertrags genügt, wenn er die W an dem Orte, wo er sie niedergelegt hat, dem Käufer zur Verfügung st selbstverständlich von dem Fall abgesehen, daß ihm in Betreff der Aus des Orts der Niederlegung ein Vorwurf gemacht werden kann."

Erk. des ROHG. zu Leipzig v. 9. Septbr. 1879 in der preuß. (landrec Sache Friedländer w. Rosenau. (Wck.)

---

153. Ueber die Anwendbarkeit des Art. 347 des HGB. auf den Viehhan

Vgl. Bd. 32 Nr. 72.

Die Klägerin hat von dem Beklagten, einem Viehhändler, einen St gekauft und überliefert erhalten, welcher bald darauf, angeblich in F einer schon zur Zeit des Kaufabschlusses bestandenen heimlichen Krankh verendet ist. Der angestellten redhibitorischen Klage setzte Beklagter Einrede entgegen, daß die im Art. 347 Abs. 3 des HGB. vorgeschrieb unverzügliche Mängelanzeige verabsäumt sei. In 2. Instanz wurde Klage auf Grund dieser Einrede abgewiesen und die hiergegen erhob Nichtigkeitsbeschwerde aus folgenden Gründen verworfen:

„Für die Meinung, daß die Anwendbarkeit des Art. 347 des HG einer Einschränkung hinsichtlich der im Viehhandel vorkommenden Hand geschäfte unterliege, giebt der ganz allgemeine Wortlaut dieses Art keinen Anhalt. Sie stützt sich aber besonders auf eine Bemerkung, w in den Protocollen der Nürnberger Commission S. 1384 bei der Berath des mit dem jetzigen Art. 347 wörtlich übereinstimmenden Art. 290 Entwurfs niedergelegt worden ist. Dieselbe lautet:

> „Die Beanstandung des Princips des 2. Absatzes wegen seiner Undurch barkeit beim Viehhandel ward zurückgezogen, da die Versammlung anerkannte, die Währschaftsgesetze der einzelnen Länder in Bezug auf die Untersuchungs- Anzeigepflicht beim Viehhandel von den Bestimmungen des Art. 290 nicht be werden."

Das ROHG. hat über diese Frage noch nicht entschieden.

Von den Commentatoren des HGB., welche sich mit derselben beschäf will v. Hahn Comm. Bd. 2 S. 293 (Aufl. 2) § 3 eine Nichtanwendbar des Art. 347 auf den Viehhandel daraus herleiten und darauf beschrän daß das HGB. den bezüglichen älteren Specialgesetzen nicht der habe; Keyßner Comm. S. 354 Not. 7 begnügt sich mit der Bemerk

die landesgesetzlichen Vorschriften über die Gewährleistung beim Viehhandel durch den Art. 347 nicht berührt werden; Puchelt Comm. Bd. 2 Aufl. 2) S. 241 Not. 11 verneint allgemein die Anwendbarkeit des Art. 347 auf den „Handel mit Hausthieren" und giebt als Grund hierfür eigentlich an, daß die Vorschrift des Art. 335 über Handelsgut mittlerer Art und Güte auf diese Geschäfte nicht angewandt werden könne.

Das AG. zu Celle hat in zwei Erkenntnissen vom 14. Juli und 9. Septbr. 1876 (Seuffert Archiv Bd. 32 Nr. 72 und Goldschmidt Zeitschr. Bd. 24 S. 287) gleichfalls allgemein ausgesprochen, daß der Art. 347 sich auf den Viehhandel nicht beziehe, denn er sei auf denselben nicht berechnet und, wie näher ausgeführt ist, auch „nicht wohl anwendbar". — Ein Erkenntniß des LOHG. zu Stuttgart vom 20. Septbr. 1877 (Busch Archiv Bd. 35 S. 348 und Goldschmidt Zeitschr. Bd. 24 S. 289 ff.) hält die Anwendbarkeit des Art. 347 auf den Viehhandel wegen des particularen Währschaftsgesetzes für ausgeschlossen und motivirt dies nur durch den Hinweis auf die obige Bemerkung der Protocolle.

Das nach der landesrechtlichen Einführung des HGB. erlassene Währschaftsgesetz für Frankfurt a. M. vom 9. August 1864 verordnet im Art. 24 ausdrücklich, daß „die Bestimmungen dieses Gesetzes auch gelten für Handelsgeschäfte, welche Viehveräußerungen zum Gegenstande haben". — Die gleiche Vorschrift findet sich im Art. 202 des Dresdener Entwurfs des Obligationenrechts hinsichtlich der die Haftung für Mängel beim Viehhandel regulirenden Art. 193—201; dieselbe ist nur damit motivirt (vgl. die Dresdener Protocolle Bd. 2 S. 1576 u. 1587), daß der Art. 335 des HGB. für den Viehhandel nicht passe.

Endlich nimmt auch Stobbe deutsches Privatrecht Bd. 3 § 185 Not. 2 unter Verweisung auf die Celler Erkenntnisse an, daß der Art. 347 sich nicht auf den Viehhandel beziehe.

Als entgegengesetzte Auffassung ist nur anzuführen, daß Auerbach (das neue Handelsgesetz Bd. 2 S. 166) sagt: die fragliche Protocollarbemerkung sei auffallend; es scheine nicht begründet, in Bezug auf die Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Art. 347 einen Unterschied zwischen Vieh und sonstigen Waaren zu machen.

Die Commission hat, indem sie unterlassen, die von ihr a. a. O. anerkannte Ausnahme von der Vorschrift des Art. 347 in den Gesetzesworten zum Ausdruck zu bringen, zu erkennen gegeben, daß sie dieselbe als eine selbstverständliche ansehe; aber der Rechtsgrund, auf welchen sie die selbstverständliche Geltung derselben zurückgeführt wissen will, ist durch ihre kurzige Bemerkung nicht klar gestellt, und eine bessere Auskunft hierüber ist auch nicht aus dem zu entnehmen, was in den Protocollen S. 1390, 1391 (vgl. auch S. 663) zu der im 4. Absatz des Art. 349 (Art. 292 des Entwurfs) vorgesehenen und insbesondere die Fristen der Währschaftsgesetze

bezielenden Aufrechterhaltung der landesrechtlichen kürzeren Verjährungsfristen gesagt ist. Nach der Fassung der Bemerkung S. 1384 scheint man annehmen zu müssen, daß eine Nichtanwendbarkeit des Art. 347 nur hat anerkannt sein sollen zu Gunsten der für den Viehhandel — sei es überhaupt wegen der Mängelgewähr, oder sei es bloß gerade wegen einer Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Käufers — geltenden Specialbestimmungen (wozu auch die bezüglichen Vorschriften allgemeiner Gesetzbücher: preuß. allg. Landrecht §§ 199 ff. Thl. 1 Tit. 11, sächs. bürgerl. Gesetzbuch §§ 924 ff., zu rechnen sein mögen). Ob und inwiefern die Ausnahme in einer solchen Beschränkung begründet ist, kann hier dahingestellt bleiben. Da in dem Rechtsgebiet, welchem der vorliegende Fall angehört (Oldenburg), das gemeine Recht gilt und daneben gar keine dergleichen Specialgesetze bestehen, so kommt es hier nur darauf an, ob die Anwendung des Art. 347 auf den Viehhandel allgemein ausgeschlossen ist. Für die Bejahung dieser Frage werden sich keine andern Gründe vorbringen lassen, als einerseits der von Puchelt und in den Protocollen der Dresdener Conferenz und andrerseits der in den Celler Erkenntnissen geltend gemachte Grund.

Der erstgedachte Grund, daß nämlich der Art. 335 auf den Viehhandel nicht anwendbar sei, läßt zunächst außer Acht, daß die Anzeige gemäß Art. 347 auch wegen Mangels einer nach ausdrücklicher oder stillschweigender Vertragsbestimmung zu prästirenden Eigenschaft zu geschehen hat. Derselbe greift aber auch im Uebrigen fehl, weil die Anwendbarkeit des Art. 335 eben so wie auf den Specieskauf überhaupt (Entsch. Bd. 4 Nr. 7 S. 36), so auch auf die Specieskäufe des Viehhandels nicht grundsätzlich für ausgeschlossen zu erachten ist, und weil es überdies auch keineswegs unthunlich und dem Verkehr gänzlich fremd ist, daß ein Viehhandel in genere nach der Regel des Art. 335 contrahirt wird.

Die Celler Erkenntnisse suchen darzulegen, daß die im Art. 347 erforderte sofortige Untersuchung beim Viehhandel nicht ausführbar sei; denn es handle sich hierbei in der Regel um solche Krankheiten, welche nur, wenn schon weiter vorgeschritten, für den Laien erkennbar seien, man könne aber dem Käufer nicht die Pflicht aufbürden, zum Zweck der Untersuchung stets sofort einen Sachverständigen zuzuziehen, und sogar der Sachverständige bedürfe, um sich über das Vorhandensein einer Krankheit zu vergewissern, manchmal einer längeren Beobachtung und Behandlung. Allein hierbei ist übersehen, daß der Art. 347 dem Käufer in Betreff seiner Untersuchungspflicht nicht mehr ansinnt, als was er nach seinem ordnungsmäßigen Geschäftsgange zu leisten vermag; der ordnungsmäßige Geschäftsgang des Käufers wird es aber ohne Hinzutritt eines besonderen Anlasses nicht mit sich bringen, schon zu der ersten Untersuchung eine fremde sachverständige Hülfe heranzuziehen. Es kann sich daher nur fragen, ob

für den Viehhandel ein besonderer Grund vorhanden ist, den Käufer von der Verpflichtung zur unverzüglichen Anzeige des sofort oder späterhin entdeckten Mangels zu dispensiren; ein solcher Grund ist aber nicht erfindlich. Die Anzeigepflicht belastet den Käufer im Viehhandel nicht schwerer als jeden andern Käufer; dagegen ist gerade im Viehhandel der unverzügliche Empfang der Anzeige sehr häufig für den Verkäufer von besonderer Wichtigkeit, weil jeder fernere Zeitverlust ihm die Möglichkeit, sich an der Constatirung der maßgebenden Beschaffenheit des Thieres zu betheiligen, sehr beeinträchtigen und ganz abschneiden kann.

Es besteht hiernach kein Grund, aus welchem der Art. 347 auf die im Viehhandel vorkommenden Handelsgeschäfte für das hier in Rede stehende Rechtsgebiet als nicht anwendbar zu betrachten sein sollte. . . .

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (3. Sen.) v. 26. Juni 1879 in der oldenb. Sache Kammer für Landwirthschaft in Bremen w. Martens. Entsch. des ROHG. Bd. 25 Nr. 58.

---

154. Wer trägt die Kosten der Löschung, der Unterbringung der Waaren am Lande und der Wiedereinladung, wenn ein Schiff während bzw. vor Antritt der Reise reparirt werden muß?

„Der Art. 560 des HGB. legt dem Verfrachter die Verpflichtung auf, das Schiff zur Ausführung des Frachtvertrages in seetüchtigem Stande zu liefern. Diese Verpflichtung erstreckt sich auf die ganze für den Transport der Waaren erforderliche Zeit. . . . Der Verfrachter ist also auf Grund des Frachtvertrages verpflichtet, auf seine Kosten das Schiff in Stand setzen zu lassen, wenn vor Ausführung des Transports ein Schaden hervortritt, dem sofort abgeholfen werden muß. Unerheblich ist es in dieser Beziehung, ob das Schiff bereits ganz oder zum Theil beladen ist; der Umstand, daß die Befrachter ihre Waaren an Bord gebracht haben, kann auf jene Verbindlichkeit keinen Einfluß äußern. Brauchen die verladenen Waaren nicht wieder aus dem Schiffe herausgenommen zu werden, so kann unzweifelhaft von den Ladungsinteressenten ein Beitrag zu den Kosten der Reparatur nicht verlangt werden. Muß ein Theil der an Bord befindlichen Ladung wieder gelöscht werden, um die Instandsetzung des Schiffes zu ermöglichen, so kann dieser Umstand zunächst die Interessenten desjenigen Theils der Ladung, welcher in dem Schiffe verbleibt, nicht berühren. Ihnen steht aus dem Vertrage das Recht zu, vom Verfrachter zu verlangen, daß er das Schiff in seetüchtigem Zustand erhalte und die dazu erforderlichen Aufwendungen, von welcher Art sie auch sein mögen, mache. Der Umstand, daß Waaren anderer Ladungsinteressenten mit Rücksicht auf die vorzunehmende Reparatur aus dem Schiffe wieder herausgenommen werden

müssen, ist für ihr Verhältniß zum Verfrachter augenscheinlich unerheblich. Es fehlt aber auch an einem Rechtsgrunde, das Verhältniß derjenigen Befrachter, deren Waaren wieder gelöscht werden müssen, dem Verfrachter gegenüber anders zu beurtheilen, vorausgesetzt, daß die Löschung und die sich daranschließenden weiteren Maßnahmen, die Unterbringung der Waaren am Lande und die Wiedereinladung derselben, lediglich im Interesse des Schiffes, damit dessen Reparatur vorgenommen werden könne, und nicht zum Nutzen der verladenen Waaren, etwa um diese besser zu conserviren, erfolgen. Auch diesen Befrachtern gegenüber besteht die Verpflichtung des Verfrachters, das Schiff seetüchtig zu unterhalten und sämmtliche hierdurch entstehenden Kosten zu tragen. Daß diese Kosten durch Maßnahmen, welche in Betreff der ihnen gehörenden Waaren getroffen werden müssen, vermehrt werden, ist, vorausgesetzt, daß irgend eine Verschuldung auf ihrer Seite nicht vorliegt, für die Frage, wem die Kosten zur Last fallen, unerheblich. Der Frachtvertrag ist nach den Grundsätzen von der locatio conductio operis oder der Werkverdingung zu beurtheilen (vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 20 S. 340; Dernburg preuß. Privatrecht Bd. 1 S. 526), und der Verfrachter hat den Zufall zu tragen, welcher die Löschung der Waaren, deren Unterbringung am Lande und deren Wiedereinladung erforderlich gemacht hat. — Diese Regeln erleiden eine Abänderung, wenn ein Fall der großen Haverei vorliegt. Nach Art. 702 des HGB. gehören alle Schäden, welche dem Schiffe oder der Ladung oder beiden zwecks ihrer Errettung aus einer gemeinsamen Gefahr von dem Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich zugefügt werden, ingleichen die Kosten, welche zu diesem Zwecke aufgewendet werden, zur großen Haverei. Nun könnte man geltend machen, daß die Instandsetzung des Schiffes erfolgt sei, um dem Untergange oder einer größeren Beschädigung des Fahrzeugs mit der darin befindlichen Ladung vorzubeugen und um den Seetransport nicht außergewöhnlichen, aus der schadhaften Beschaffenheit des Schiffs entstehenden Gefahren auszusetzen, daß mithin die Kosten der für die Reparatur erforderlichen Maßregeln zum Zwecke der Errettung des Schiffs und der Ladung aus einer gemeinschaftlichen Gefahr aufgewendet, folgeweise nach den Regeln von der großen Haverei zu rechnen seien. Daß ein solches Ergebniß unrichtig sein würde, folgt unzweifelhaft aus dem Art. 708 Nr. 4 des HGB.; denn hiernach gehören, wenn das Schiff in einen Nothhafen eingelaufen ist, um eine nothwendige Ausbesserung vorzunehmen, die Kosten der Reparatur nicht zur großen Haverei, vorausgesetzt, daß der auszubessernde Schaden selbst, wie im vorliegenden Fall, keine große Haverei ist. Jene Grundsätze über die große Haverei finden in der Vorschrift des Art. 708, wonach alle nicht zur großen Haverei gehörigen, durch einen Unfall verursachten Schäden und Kosten bzw. von den Eigenthümern des Schiffs oder denen der Ladung

für sich allein zu tragen sind, ihre Begrenzung. Gehört ein Schaden am Schiffe selbst nicht zur großen Haverei, so fallen die Kosten der Ausbesserung den Eigenthümern des Schiffs allein zur Last, wenngleich auch die Ladungsinteressenten ein Interesse an der Instandsetzung haben mögen.

Der Art. 708 Nr. 4 bestimmt, daß, wenn ein Schiff einen Nothhafen zur nothwendigen Ausbesserung eines Schadens anläuft, die Kosten des Von- und Anlandbringens der Ladung und die Kosten der Aufbewahrung derselben am Lande, wenn die Löschung zum Zwecke der Reparatur nothwendig ist, zur großen Haverei gehören, ohne Rücksicht darauf, ob der Schaden selbst als große Haverei anzusehen sei. Es könnte die Frage aufgeworfen werden, ob hierin ein allgemeiner Grundsatz ausgesprochen sei, welcher auch für andere Fälle, in welchen nach vollständiger oder theilweiser Abladung ein Schaden an dem Schiffe hervortrete, Anwendung finde, wie solches in einem Erk. des Hamburger Handelsgerichts aus der Zeit vor der Einführung des HGB. angenommen ist (vgl. Herrmann u. Hirsch, Sammlung seerechtlicher Erkenntnisse des Handelsgerichts zu Hamburg S. 622). Diese Frage ist zu verneinen. Die Bestimmungen des Art. 708 Nr. 4 sind ausdrücklich nur für den besondern Fall getroffen, daß das Schiff zur Vermeidung einer gemeinsamen Gefahr von Schiff und Ladung einen Nothhafen anzulaufen genöthigt ist. Eine Ausdehnung derselben ist nicht zulässig, da das Einlaufen in einen Nothhafen eine außerordentliche, mit außergewöhnlichen Kosten verbundene Maßregel ist und aus diesem Grunde als große Haverei behandelt wird. Dagegen kann das Löschen eines leck gewordenen Schiffes, um das Untersinken zu verhüten und dasselbe in Stand zu setzen, für sich allein nicht als eine solche außerordentliche Maßregel angesehen werden. Wenn derartige Kosten auch nicht regelmäßig bei allen Seereisen vorkommen, so verhält es sich mit denselben doch ähnlich wie mit andern nur unter besondern Umständen entstehenden Ausgaben bei der Seeschifffahrt, wie z. B. Auseisungskosten, Lootsengelder (Art. 622 des HGB.), Beschädigung des Schiffs und des Zubehörs durch Prangen (Art. 709 Nr. 3), welche nicht als große Haverei angesehen werden, sondern vom Verfrachter zu tragen sind. Die Art. 640 und 643 Nr. 4 berühren den Fall, daß nach dem Beginn der Reise während einer Ausbesserung des Schiffs die Güter gelöscht werden, enthalten aber keine Vorschrift in Betreff der Verpflichtung zur Bezahlung der Kosten." (Nachdem sodann ausgeführt worden, daß die Motive des Gesetzes und die Berathungsprotocolle in keiner Weise ein Bedenken gegen die obigen Ausführungen erregen, fahren die Entscheidungsgründe fort:)

„Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß die Kosten der Löschung und der Unterbringung der Waaren am Lande in einem Falle der vorliegenden Art nicht als große Haverei angesehen werden können, wenn diese Maßnahmen ausschließlich im Interesse des Schiffs, um dessen Ausbesserung zu ermöglichen, getroffen sind. Von dem Verklagten (Ver-

frachter) wird behauptet, daß die Waaren auch im eigenen Interesse der Befrachter aus dem Schiffe hätten herausgenommen und, soweit nicht deren Verkauf nothwendig gewesen, am Lande hätten aufbewahrt werden müssen, daß also die in Rede stehenden Maßnahmen im Interesse des Schiffs wie der Ladung gelegen hätten. Dieser Umstand kann die Anwendung der Regeln von der großen Haverei nicht rechtfertigen. Es mag sein, daß dem Verfrachter aus dem angegebenen Grunde ein Anspruch auf theilweise Uebernehmung der durch die Löschung und Aufbewahrung der Waaren am Lande entstandenen Kosten gegen die Ladungsinteressenten zusteht. Ein solcher Anspruch kann sich aber nicht auf die Grundsätze von der großen Haverei stützen, denn, um die Anwendung dieser zu rechtfertigen, genügt es nicht, daß die Aufwendungen im gemeinsamen Interesse von Schiff und Ladung gemacht sind, sondern es muß sich dabei um die Errettung von Schiff und Ladung aus einer gemeinsamen Gefahr gehandelt haben. Verklagter (Verfrachter) würde vielmehr auf Grund des erwähnten Umstandes nur aus der Geschäftsführung einen Ersatzanspruch herleiten können, wobei für den Beitrag der einzelnen Ladungsinteressenten wesentlich auf die durch ihre speciellen Waaren veranlaßten Kosten Rücksicht zu nehmen sein würde. Daß das HGB. in derartigen Fällen, in welchen es sich um eine Aufwendung zum gemeinsamen Besten von Schiff und Ladung handelt, nicht die Grundsätze der großen Haverei für die Repartition der Kosten hat zur Anwendung bringen wollen, ergiebt unzweifelhaft die Bestimmung des Art. 709 Nr. 2, der zufolge die Reclamekosten, auch wenn Schiff und Ladung zusammen mit Erfolg reclamirt werden, nicht als große Haverei anzusehen sind. Von dem Gesichtspuncte der Geschäftsführung aus ist der Anspruch des Verklagten in dem gegenwärtigen Rechtsstreit nicht begründet.

Verklagter hat ferner als große Haverei Kosten geltend gemacht, welche er für die Annahme von besondern, nicht zur Schiffsmannschaft gehörigen Arbeitern, um das Schiff leer zu pumpen, verausgabt hat. Soweit es sich darum handelte, das Schiff zu der Zeit, während die Ladung sich darin befand, über Wasser zu halten, mögen die Ausgaben, welche für außerordentliche Hülfe bei dem Pumpen erforderlich gewesen sind, als große Haverei anzusehen sein; weil selbige bestimmt gewesen sind, das Schiff und die Ladung vor der gemeinsamen Gefahr des Untersinkens zu retten (vgl. *Arnould* on the law of maritime insurance, 5. Aufl. von *Maclachan* Bd. 2 S. 847: *Cauvet* traité sur les assurances maritimes tom. 2 p. 133, 134). Soweit dagegen die erwähnten Kosten entstanden sein sollten, nachdem die Ladung aus dem Schiffe herausgenommen war, um eine genaue Untersuchung des Schiffs und die Instandsetzung zu ermöglichen, fallen sie, als die Ausbesserung des Schiffs betreffend, dem Verfrachter allein zur Last." . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig v. 20. Februar 1879. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1879 S. 731 ff. (X.)

155. Domicilwechsel ohne benannten Domiciliaten bedürfen zur Erhaltung des Wechselanspruchs gegen den Acceptanten nicht der Protesterhebung*. Bedeutung des Ausdrucks „zahlbar bei“ in Domicilwechseln.**

*Vgl. Bd. 6 Nr. 250; Bd. 9 Nr. 329; Bd. 10 Nr. 282; Bd. 12 Nr. 71; Bd. 13 Nr. 118; Bd. 15 Nr. 58, 59, 60, 61. Auch Bd. 24 Nr. 272; Bd. 30 Nr. 70; Bd. 31 Nr. 177. — **Vgl. Bd. 11 Nr. 290; Bd. 13 Nr. 117; Bd. 15 Nr. 59, 60, 154, 155; Bd. 18 Nr. 164; Bd. 19 Nr. 293; Bd. 22 Nr. 73. Auch Bd. 30 Nr. 70, 217. Vgl. ferner die folgende Nr.

... Es muß zunächst für richtig gehalten werden, daß es zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten eines Wechsels dann einer Protesterhebung nicht bedarf, wenn zwar der Wechsel einen Domicilvermerk enthält, jedoch ein Domiciliat d. h. ein Dritter, welcher für den Acceptanten am Zahlungsorte die Zahlung leisten soll, nicht benannt ist. Ist ein solcher Domiciliat nicht benannt, so ist nach Art. 24 der allg. deutschen WO. die Annahme begründet, daß der Acceptant durch sein Accept sich verpflichtet hat, am Zahlungsorte selbst die Zahlung zu leisten. In diesem Falle fehlt die besondere Rechtslage, welche bei der Nennung eines Domiciliaten nach Entscheidungen des OHG. dahin geführt hat, dem Bezogenen eine der Stellung des Regreßschuldners ähnliche Stellung anzuweisen und den Wechselanspruch gegen den Bezogenen von dem rechtzeitigen Proteste gegen den Domiciliaten abhängig zu machen. Es ist deshalb auch bei der Berathung der allg. deutschen WO. darüber kein Zweifel gewesen, daß zur Erhaltung des Wechselanspruchs gegen den Acceptanten einer domicilirten Tratte ohne Benennung eines Domiciliaten eine Protesterhebung nicht nöthig sei, und war daher zu § 44 des Entwurfs der Zusatz beschlossen:

> „gegen den Acceptanten jedoch nur in dem Falle, wenn der am Zahlungsorte aufzusuchende Zahler nicht der Acceptant ist“.

Dieser Zusatz ist in der Schlußberathung beseitigt, jedoch nicht, weil er reprobirt, sondern weil er für unnöthig erachtet wurde.

Wenn daher der Art. 43 der WO. verlangt, daß domicilirte Wechsel dem Domiciliaten zur Zahlung präsentirt und, wenn die Zahlung unterbleibt, dort protestirt werden, so ist dieses nur auf den Fall zu beziehen, wo ein eigentlicher Domiciliat d. h. eine vom Wechselgläubiger und Acceptanten verschiedene dritte Person als diejenige, welche Zahlung leisten soll, hingestellt ist.

Vgl. Borchardt allg. d. WO. 4. Aufl. S. 199 ff.; Entsch. des ROHG. Bd. 20 Nr. 107; Seuffert Archiv Bd. 13 Nr. 118, Bd. 15 Nr. 58, 59, 60, 61.

Was nun die Frage anlangt, ob im vorliegenden Falle in den den Wechseln beigefügten Worten: „zahlbar in Braunschweig bei Herrn D. Meyersfeld“ die Benennung eines Domiciliaten zu befinden sei, so muß dieses mit dem Gerichte 1. Instanz verneint werden. Denn wenn auch anzunehmen sein mag, daß nach dem im Wechselverkehre bestehenden Sprach-

gebrauche die Worte „zahlbar bei" häufig als gleichbedeutend mit Worten „zahlbar durch" gebraucht und verstanden werden und dies selbst in den Fällen stattfindet, wo der Aussteller des Wechsels zugleich der Remittent ist und den Wechsel bei sich selbst domicilirt, daher in mehrfachen Entscheidungen des ROHG. diese Auslegung zum Grunde gelegt ist (vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 9 Nr. 114, Bd. 11 Nr. 63, Bd. 13 Nr. 52, Bd. 15 Nr. 61), so muß dennoch für richtig gehalten werden, daß in jedem Falle eine Prüfung darüber stattzufinden hat, ob in der That die Worte „zahlbar bei" dem an sich nicht zweifelhaften Wortsinne entgegen in der Bedeutung aufgefaßt werden müssen, daß sie „zahlbar durch" bedeuten sollen, und wird, falls hierüber erhebliche Zweifel bestehen bleiben, denselben eine andere Bedeutung nicht beigelegt werden können, als den Worten an sich zukommt, daß nämlich die Zahlung an einem von dem Wohnorte des Wechselschuldners verschiedenen Orte oder in einem andern Locale als der Wohnung des Wechselschuldners erfolgen solle, nicht aber auch die, daß die Zahlung durch eine andere Person als die des Wechselschuldners erfolgen solle (vgl. Thöl Handelsrecht Bd. 2 § 298 Not. 5). In diesem Sinne ist denn auch von den höchsten Landesgerichten in zahlreichen Fällen entschieden (Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 290, Bd. 11 Nr. 59, 60), und ist diese Auffassung auch von dem hiesigen Gerichte festgehalten worden.

Entsch. des Tribunals zu Celle Jahrg. 5 Nr. 45, Jahrg. 6 Nr. 69, Jahrg. 7 Nr. 61. Seuffert Archiv Bd. 22 Nr. 73; Urtheil des 1. Sen. i. S. Mannheim w. Bockeloh 1879.

Prüft man die vorliegenden Wechsel, so muß es, zumal der Ausstelle zugleich derjenige ist, bei welchem die Zahlung erfolgen soll, und da die Wechsel stets bei ihm verblieben sind, durchaus zweifelhaft, ja sehr unwahrscheinlich erscheinen, daß der Aussteller D. Meyersfeld am Zahlungstag die Zahlung für den Acceptanten habe leisten wollen, vielmehr liegt die Annahme nahe, daß dem Wortlaute völlig entsprechend der Acceptant in Braunschweig in der Wohnung des Ausstellers die Zahlung selbst habe leisten sollen.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 25. Novbr. 1879 i. S. des Concurscurators Notars W. Merkel zu Einbeck w. den Banquier D. Meyersfeld in Braunschweig wegen Forderung. (W.)

---

156. Domicilwechsel mit benanntem Domiciliaten? Bedeutung des Ausdrucks „zahlbar an der ꝛc. Kasse" auf Domicilwechseln.

Vgl. die vorige Nr.

Ein Wechsel über 500 ℳ war von Gebrüder G. an eigene Ordre gezogen auf „Melchior A., Holzhändler in Frammersbach, zahlbar an der Gewerbekasse in Lohr a. Main". Da zur Verfallzeit Protest mangels

Zahlung unterblieb, hielt der Beklagte, Trassat und Acceptant, der Klage auf Grund des Art. 43 der WO. entgegen, daß die Gewerbekasse in Lohr Domiciliatin, mithin die Wechselklage gegen ihn verwirkt sei. Vom Handelsgericht wurde der Beklagte dem Klagantrage entsprechend zur Zahlung des Wechsels verurtheilt. In den Gründen zu diesem Urtheil ist ausgeführt worden: die von dem Beklagten für sich angerufene Wirkung des zweiten Satzes des Art. 43 könne nur eintreten, wenn auf dem Wechsel ein Domiciliat d. h. eine vom Bezogenen verschiedene Person, durch welche die Zahlung erfolgen solle, benannt wäre. Eine solche Person sei aber auf dem eingeklagten Wechsel nicht angegeben, und könne insbesondere nicht die Gewerbekasse Lohr als Domiciliatin angesehen werden; denn es sei auf dem Wechsel nicht bestimmt, daß die Zahlung durch die Gewerbekasse Lohr zu geschehen habe, sondern lediglich an solcher. Wenn nun auch in der Praxis für die Annahme eines Domiciliaten die Präposition „bei“ als gleichbedeutend mit „durch“ erachtet werde, so gelte dies doch nicht von der Präposition „an“. Der fragliche Beisatz charakterisire sich sohin nur als eine nähere Bezeichnung des Zahlungsortes.

Das Reichsgericht trat dieser Ansicht nicht bei, sondern vernichtete das Urtheil des Handelsgerichts aus folgenden Gründen:

Damit der Wechsel selbst ergebe, durch wen die Zahlung am Zahlungsorte erfolgen soll, ist es nicht erforderlich, daß dies mit dem Worte „durch“ zu erkennen gegeben werde. Dies erkennt auch das kgl. Handelsgericht in Uebereinstimmung mit der herrschenden Doctrin und Praxis an, und verneint nur, daß mit der Bezeichnung: „zahlbar an der Gewerbekasse in Lohr“ diese als Domiciliatin benannt, daß „an“ mit „durch“ oder „bei“ gleichbedeutend sei. Diese Auffassung erweist sich jedoch als eine irrthümliche, wenn man das entscheidende Gewicht darauf legt, ob nach dem Inhalte des Domicilvermerkes anzunehmen sei, daß der Trassat selbst (oder durch einen Boten) an dem Zahlungsorte erscheinen und die Wechselsumme hinlegen werde, oder ob nicht vielmehr sich daraus unzweifelhaft entnehmen lasse, daß ein Dritter die Zahlung bewirken werde. Nach der täglichen Erfahrung, nach der Art und Weise, wie man sich der Banquiers und Creditkassen bedient, kann aber die Verweisung an eine Bank, an eine Kasse kaum einen andern Sinn haben, als den, daß an den Kassen solcher Geldinstitute durch eine hierzu bestellte Persönlichkeit ausbezahlt werden solle. Daran, daß der „an die Kasse“ verweisende Schuldner sich selbst einfinden und bezahlen werde, ist kaum zu denken; es wäre gar nicht abzusehen, welchen Dienst ihm der Banquier oder die Gewerbekasse leistete, wenn man nicht etwa sich den Verlauf so denken wollte, daß der Zahlungspflichtige, anstatt sich das Geld nach seinem Wohnorte schicken zu lassen, selbst am Verfalltage es bei dem Creditinstitute abhole und daselbst ausbezahle. Eine solche Auffassung des Verhältnisses würde aber nicht minder mit der Er-

fahrung als auch mit den Grundsätzen eines richtigen wirthschaftlichen Ve fahrens im Widerspruche stehen. Die Bemerkung „zahlbar an der Gewerbe kasse" kann daher nur dahin gedeutet werden, zahlbar an dieser Kasse durch den hierzu berufenen Vertreter oder Angestellten der Genossenschaft.

Erk. des Reichsgerichts zu Leipzig v. 4. Decbr. 1879 in der bayer. Sache Amrhein w. Harsy. (St.)

---

157. Klage aus einem mit einem nicht durchstrichenen Quittungsvermerk des Klägers versehenen Wechsel.

Vgl. Bd. 24 Nr. 76; Bd. 26 Nr. 173. (Auch Bd. 19 Nr. 263; Bd. 20 Nr. 258; Bd. 32 Nr. 91 u. d. dort. Nachw.)

Auf die Klage aus einem mit dem von dem Kläger unterschriebenen Vermerk: „Inhalt empfangen" versehenen Wechsel wurde in 2. Instanz der Verklagte verurtheilt, weil aus dem Inhalt des Wechsels und der Protesturkunde zu entnehmen sei, daß der erwähnte Quittungsvermerk (nach Maßgabe des Art. 39 der WO.) in Erwartung der bei der Präsentation zu leistenden Zahlung auf den Wechsel gesetzt, also dadurch, daß bei der Präsentation die erwartete Zahlung nicht geleistet worden, für erledigt zu erachten sei, obgleich Kläger von seinem Rechte, den Vermerk (nachdem dessen Zweck vereitelt worden) zu durchstreichen, keinen Gebrauch gemacht habe. Dieses Urtheil wurde bestätigt durch

Erk. des ROHG. zu Leipzig (3. Sen.) v. 15. Septbr. 1879. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1879 S. 812, 813. (X.)

---

158. Dürfen durch Wechselregreßklage erwachsene Proceßkosten von demjenigen, welcher an seinen Vormann sich wechselmäßig weiter regressirt, in die Wechselregreßsumme eingerechnet werden?

Vgl. Bd. 22 Nr. 170. (Auch Bd. 33 Nr. 257.)

Diese bestrittene[1]) Frage wurde von dem ROHG. verneinend entschieden. „Die entgegengesetzte Ansicht stützt sich" (so heißt es in den Entscheidungsgründen) „auf eine Premirung des Wortes „Alles" in dem zweiten Satz des Art. 81 und den ersten Satz des Art. 14 der WO. Jener zweite Satz des Art. 81 giebt aber für sich gar keinen Anhalt dafür,

---

[1]) Vgl. u. A.: Blaschke österr. Wechselr. 7. Aufl. 1877 S. 269, 274; Archiv für Wechselr. Bd. 9 S. 415—418 u. Bd. 10 S. 298; Borchardt allg. d. WO. 6. Aufl. Zus. 560 lit. c S. 240; Hartmann d. Wechselr. 1869 § 115 S. 2 Anm. 12; Hoffmann ausführl. Erläuterung der allg. d. WO. 1859 § 58 S. 4 Nr. 2 u. in Aufl. 2; Volkmar u. Löwy d. WO. 1872 § 122 S. 18 Gruchot Beiträge Bd. 14 S. 869; Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. in Sach Jahrg. 1871 S. 328; Jurisprudenz des OAG. zu Lübeck in Wechselsachen S. 1 vgl. auch Thöl Handelsr. Bd. 2 Aufl. 3 § 229 u. 235.

was denn Alles der Wechselinhaber wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit zu fordern habe. Jener Satz setzt vielmehr die concrete Bestimmung des Forderungsgegenstandes in den früheren Artikeln voraus, wie denn der dem Art. 81 der WO. entsprechende Satz 2 im § 74 des den Berathungen der Leipziger Wechselconferenz zu Grunde gelegten Entwurfs einer WO. für die preuß. Staaten nach den Beschlüssen des kgl. Staatsraths lautet: „Die Verpflichtung dieser Personen erstreckt sich auf Alles, was der Wechselinhaber wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit (§§ 49—51) zu fordern hat." Die in dem § 74 allegirten §§ 49—51 des preuß. Entwurfs entsprechen den Art. 50, 51 der WO. Der Nachdruck, welcher von den Vertheidigern der entgegengesetzten Ansicht auf das Wort „Alles" gelegt ist, würde in dem Sinne, daß dieses Wort die Ausdehnung der Verpflichtung auf jede vermögensrechtliche Folge bedinge, welche irgendwie mit der Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit im Zusammenhang stände, dazu führen, auch einen in Folge jener Nichterfüllung entgangenen Gewinn als Gegenstand der wechselmäßigen Verpflichtung erscheinen zu lassen, also dem zweiten Satze des Art. 81 eine Tragweite geben, welche von Niemandem vertheidigt wird.

Eben so wenig sagt der Art. 14 der WO., welchen Inhalt die wechselmäßige Haftung des Indossanten für die Annahme und Zahlung des Wechsels besitze.

Aus dem Wesen des Wechsels und seines Umlaufes folgt, daß der Trassant dem Wechselinhaber und der Indossant seinen Nachmännern sich keineswegs durch ihre Wechselunterschriften wechselrechtlich in dem Sinn für die Zahlung des Wechsels durch den Acceptanten zu Verfall einzustehen verpflichten, daß sie (im Falle der Nichtzahlung auf Wechselpräsentation bei Verfall seitens des Acceptanten) dem Wechselinhaber, bzw. dem Nachmanne, die Auslagen zum Versuche der Beitreibung der Wechselsumme mittels Wechselproceſſes und Wechselexecution von dem Acceptanten (bzw. von einem andern Wechselverpflichteten) oder überhaupt das ganze Interesse aus der Nichtzahlung des Wechsels vergüten müßten. Die durch Wechselunterschrift begründete wechselmäßige Haftung bestimmt sich vielmehr nur dahin, dem Wechselinhaber (falls und insoweit der Acceptant auf rechtzeitige Wechselpräsentation die Wechselsumme nicht zahlt und die wechselrechtlichen Voraussetzungen des Wechselrückgriffs gewahrt sind) eine Geldsumme zu zahlen, welche gleichsteht dem Betrage des Preises der nicht bezahlten Wechselsumme am Zahlungsorte beim Wechselverfall, und diejenigen Unkosten, welche dem Wechselnehmer durch die Nichtzahlung des Trassaten und die Realisirung des Regreßrechts in der gesetzlich bestimmten Weise nothwendigerweise herbeigeführt oder vergeblich werden mußten und geworden sind. Es ist zu zahlen der Betrag der nicht bezahlten Wechselsumme (nebst den gesetzlich bestimmten Zinsen seit dem Verfalltage) und der hinzutretenden

Auslagen oder Kosten, welche nothwendig sind zur Erhaltung des Wechselrechts gegen alle Wechselverpflichteten, oder unmittelbar nothwendig sind zur Realisirung des Rückgriffsrechtes, sei es mittels Trassirung des Rückwechsels oder sei es in sonstiger, dem Wechselrecht entsprechender Weise. Dabei ist sachgemäß auch die eigene Mühwaltung mit in Betracht zu ziehen, welche gesetzlich in der Provision veranschlagt ist. Diese Beträge sind in dem im Art. 50 Abs. 2 der WO. gekennzeichneten Falle schon dem Wesen der Sache gemäß (in der dort auch ausdrücklich verordneten Weise) nach Cours zu zahlen. Bei dem Indossanten, welcher den Wechsel eingelöst oder als Rimesse erhalten hat, müssen sich die Factoren der ihm zustehenden Regreßsumme nach denselben Grundprincipien bestimmen; nur tritt an Stelle der Wechselsumme die von ihm gezahlte oder durch Rimesse berichtigte Summe, insoweit deren Zahlung nach obigen Grundsätzen gerechtfertigt war.

Diese begrifflichen Kriterien der Momente der Wechselregreßsumme passen, außer der Wechselsumme, den Zinsen und der Provision, auf Protestkosten, Portos, Stempel und Courtage, aber nirgend wie auf Proceßkosten.

Zieht der Wechselinhaber es vor, statt nach der Zahlungsweigerung des Acceptanten und erhobenem Protest sich sofort zu regressiren, erst den Acceptanten zu verklagen, oder beliebt der von seinem Nachmanne in Anspruch genommene Indossant (statt zu zahlen und sich dann zu regressiren) sich verklagen zu lassen, so ist das eine Sache beliebigen Entschlusses, kein Ausfluß des Wesens des Wechselnexus zwischen ihnen und den ihnen gegenüber Regreßverpflichteten. Die vermögensrechtlichen Nachtheile dieses wechselrechtlich nicht nothwendigen Acts sind die Regreßpflichtigen ihnen zu erstatten wechselrechtlich nicht verpflichtet. Allerdings kann aus besonderen Gründen sehr wohl eine Pflicht zur Erstattung der Proceßkosten für diejenige Person, welche auch die wechselregreßpflichtige ist, bestehen; aber diese Pflicht kann nur auf sonstigen Rechtsgründen beruhen, z. B. auf einer ausdrücklichen Weisung, den Proceß anzustrengen und erst, im Falle derselbe nicht zum Ziele führt, sich zu regressiren, oder auf einer Vertragsabrede bei der Gefälligkeitswechselunterschrift zwischen dem späteren Regreßnehmer und dem Regreßpflichtigen, daß Ersterer unter keinen Umständen in die Lage kommen solle, den Wechsel einzulösen und der Regreßpflichtige, falls solches doch geschehe und der Regreßnehmer zur Zahlung gezwungen werde, ihm alle dadurch erwachsenden Schäden und Kosten zu erstatten verpflichtet sein solle. Die aus diesen Gründen erwachsende Verbindlichkeit zur Proceßkostenerstattung kann immer nur eine civilrechtliche im engern Sinne, im Gegensatz zur Wechselverbindlichkeit, sein, also niemals im Wechselprocesse verfolgt, die Zahlung der Forderungssumme niemals bei Vermeidung der Wechselexecution gefordert werden. . . .

Die Genesis der Art. 50 und 51 der WO. spricht entschieden dafür, daß unter den Worten „und anderen Auslagen“ im Art. 50 Nr. 2, sowie

„die ihm entstandenen Kosten" im Art. 51 Nr. 2 Proceßkosten nicht begriffen sind, mögen dieselben nun durch Processe entstanden sein, welche der Regreßnehmer als Kläger oder als Verklagter in Bezug auf die Realisirung von Rechten aus dem betreffenden Wechsel geführt hat.

Dafür spricht namentlich, daß, nachdem eine Bestimmung in Bezug auf die Einrechnung nicht verschuldeter Proceßkosten in die Wechselregreßsumme in den ersten Entwurf der Gesetzrevisoren ausdrücklich aufgenommen war, diese Bestimmung später fortgelassen ist, sowie daß der Zusatz „und anderen Auslagen" zum § 49 Nr. 2 des preuß. Entwurfs in den § 51 Nr. 2 des Entwurfs der Fassungscommission und Art. 50 Nr. 2 der WO. nur auf die Sollicitation aufgenommen ist, das Gesetz so zu fassen, daß außer den Protestkosten auch Porto, Stempel und Courtage in die Regreßsumme einzurechnen seien.

Adminiculirend ist noch zu erwägen, daß die Untersuchung darüber, welcher Theil von Proceßkosten selbstverschuldet ist oder nicht, sowie über die Richtigkeit des Ansatzes derselben (und dergleichen weitere Fragen) complicirter Natur sein kann und die Art des Austrages solcher Streitpuncte und der Liquidstellung sich nicht mit der Schleunigkeit der Operationen des Wechsel-Um- und Rücklaufes verträgt.

Dieselben Principien sind auch im Gebiete des englischen Rechts über den Regreß bei negotiable instruments zur Geltung gelangt, obwohl dort die Normen nicht durch Gesetz gegeben, sondern durch die Judicatur vermöge richterlicher Reflection über die Natur des Rechtsverhältnisses ausgestaltet sind (vgl. *Daniel* a treatise on the law of negotiable instruments II. § 1459 p. 405; *Field* a treatise on the law of damages 1876 § 231 p. 219.)"

Erk. des ROHG. zu Leipzig (3. Sen.) v. 23. Septbr. 1878 in der preuß. Sache Sparkassen- und Vorschußverein zu Magdeburg, Kl., w. Apel, Verkl. Entscheidungen Bd. 24 S. 88 ff. (X.)

---

159. Fälschung der Wechselsumme. Die desfallsige Einrede kann gegen jeden Inhaber des Wechsels vorgeschützt werden.

Vgl. Bd. 25 Nr. 70 u. d. dort. Nachw.; Bd. 34 Nr. 150.

„Bei Beurtheilung der Folgen einer Fälschung des Inhalts eines Wechsels kommt, außer den allgemeinen Grundsätzen über die Fälschung von Urkunden als Beweismitteln, wesentlich die Eigenthümlichkeit des Wechsels als Formalact in Betracht, in Folge deren der Wechsel der Träger der Forderung ist und die Wechselerklärung an sich die Wechselverbindlichkeit begründet. Obgleich die WO. nur im Art. 75 Bestimmungen über die falsche oder verfälschte Unterschrift des Ausstellers und im Art. 76 solche

über falsche und verfälschte Accepte und Indossamente enthält, nicht auch Bestimmungen über Verfälschung der Wechselsumme, so sind die Folgen solcher Fälschung doch aus der besonderen Natur des Wechsels zu beurtheilen; der Einwand aus einer solchen Fälschung ist im Sinne des Art. 82 der WO. daher als aus dem Wechselrechte selbst hervorgehend anzusehen und kann jedem Wechselinhaber gegenüber geltend gemacht werden. Die Entstehung der Art. 75, 76 ergiebt, daß dies auch die Absicht bei Redaction derselben war. Der Einwand der Fälschung der Wechselsumme ist ein untheilbarer, ganz aus dem Wechselrecht herrührender, nicht, wie Implorant auszuführen versucht hat, in Betreff der Frage, ob der Wechsel auf Höhe der ursprünglichen Wechselsumme verpflichtend geblieben ist, aus dem Civilrecht entnommen; denn es handelt sich dabei darum, ob das Erforderniß eines Wechsels nach Art. 4 Nr. 2 der WO. durch die Fälschung nicht beseitigt ist. Der Angriff wegen Verletzung des Art. 82 der WO. durch Zulassung des Einwands der Fälschung der Wechselsumme, als aus dem Wechselrecht selbst hervorgehend, ist darnach unbegründet."

Erk. des Reichsgerichts zu Leipzig (5. Sen.) v. 17. Januar 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Segall w. Leichtentritt. (Wck.)

---

160. Klage auf Schadensersatz aus § 107 (nunmehr § 120 Abs. 3) der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869; Begründung derselben.

Der Kläger hat in der Lederzurichtefabrik der Beklagten die Appreturmaschine bedient, ist hierbei mit der Hand unter eine Walze gerathen und sind ihm in Folge dessen mehrere Finger zerquetscht. Seiner Meinung nach tragen die Beklagten hieran die Schuld, weil sie der Vorschrift des § 107 der Gewerbeordnung[1]) zuwider unterlassen hätten, die zur Sicherung ihrer Arbeiter erforderlichen Maßregeln zu treffen. Er hat deshalb gegen dieselben Klage auf Schadensersatz erhoben und in 1. Instanz auch ein obsiegliches Urtheil erstritten; vom AG. wurde der Anspruch jedoch mangels ausreichender thatsächlicher Begründung zurückgewiesen, und der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung aus folgenden Gründen:

Eine Verletzung des § 107 der Gewerbeordnung liegt nicht vor. Denn diese Gesetzesvorschrift bestimmt nicht, daß der Gewerbeunternehmer Einrichtungen zu treffen habe, welche unbedingt jede Gefahr einer Schädigung

---

[1]) „Jeder Gewerbeunternehmer ist verbunden, auf seine Kosten alle diejenigen Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Gewerbebetriebes und der Betriebsstätte zu thunlichster Sicherung der Arbeiter gegen Gefahr für Leben und Gesundheit nothwendig sind." (Im Wesentlichen übereinstimmend § 120 Abs. 3 Satz 1 der GO. nach dem Reichsgesetz vom 17. Juli 1878.)

der Arbeiter ausschließen, sondern nur, daß er solche Einrichtungen treffe, welche mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Gewerbebetriebes zu thunlichster Sicherung der Arbeiter nothwendig sind. Wenn nun das AG. die nähere Angabe vermißt, welche Einrichtungen außer den bereits getroffenen der Beklagte unbeschadet des Fortbestandes seines Gewerbes habe treffen können und sollen, um die angliche Gefahr von seinen Arbeitern abzuwenden, und wenn er beim Mangel einer solchen Angabe ein Zuwiderhandeln gegen den § 107 der Gewerbeordnung nicht für dargelegt erachtet, so kann darin eine Verletzung s cit. § 107 nicht gefunden werden.

Erk. des Reichsgerichts zu Leipzig v. 5. Decbr. 1879 in der preuß. (nassauischen) Sache Weiß w. Landauer u. Donner. (Gr.)

---

51. Markenschutz*. Das Eintragungsverbot im § 3 Abs. 2 des Gesetzes vom 30. Novbr. 1874 bezieht sich nicht auf ausländische öffentliche Wappen.

*Vgl. Bd. 32 Nr. 284; Bd. 33 Nr. 74 und die beiden folgenden Nrn.

Der Beklagte bestritt der Klägerin das ausschließliche Recht zum Gebrauch des von ihr zum Zeichenregister angemeldeten Waarenzeichens A. deshalb, weil dasselbe das Wappen der Stadt Amsterdam enthalte. Das AG. verwarf diesen Einwand, weil die Vorschrift des § 3 des Markenschutzgesetzes vom 30. Novbr. 1874, wonach die Eintragung derjenigen Zeichen, welche öffentliche Wappen enthalten, zu versagen ist, mithin auch die Vorschrift des § 10 Abs. 2, wonach auf Waarenzeichen, deren Eintragung nicht zulässig ist, Niemand durch Anmeldung ein Recht erwerben kann, auf ausländische öffentliche Wappen nicht zu beziehen sei. Dieser Ansicht wurde höchstrichterlich aus folgenden Gründen beigetreten:

„Der Wortlaut des Gesetzes spricht zwar für die entgegengesetzte Ansicht, wenn das Gesetz von „öffentlichen Wappen" redet, ohne zwischen inländischen und ausländischen zu unterscheiden. Es ist jedoch anzunehmen, daß die Absicht des Gesetzgebers sich auf eine Bestimmung über ausländische Wappen nicht erstreckte. Eine ausdrückliche Beschränkung der Vorschrift auf die inländischen Wappen mag um deswillen unterblieben sein, weil die gesammten Bestimmungen der §§ 1—19 sich nur auf das Inland beziehen. Daß aber die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin ging, die Verwendung ausländischer öffentlicher Wappen als Schutzmarken zu verhindern, läßt sich aus dem Inhalt der Bestimmung entnehmen.

Verfolgte dieselbe den Zweck, das Publicum gegen Täuschung zu schützen, so würde man Grund haben, anzunehmen, daß sie sich auf aus-

ländische wie inländische Wappen bezöge, weil es bei beiden gleich möglich ist, daß das Publicum durch unbefugten Gebrauch des Wappens in die irrige Meinung versetzt wird, der Inhaber des Wappens habe die Verwendung desselben zur Bezeichnung der Waare gestattet und hiermit deren Vorzüglichkeit anerkannt. Wenn es nun auch richtig und in den Motiven zum Entwurf des Gesetzes hervorgehoben ist, daß dieses Gesetz nicht bloß dem Interesse der Gewerbetreibenden, sondern auch dem Interesse des Publicums dient, indem dadurch nicht allein jene gegen mißbräuchliche Benutzung ihrer Waarenzeichen, sondern auch die Abnehmer gegen Täuschung bezüglich des Ursprungs der Waaren geschützt werden, so ist doch nicht anzunehmen, daß gerade die in Rede stehende Bestimmung in Betreff der öffentlichen Wappen aus Rücksicht auf das Interesse der Abnehmer der Waaren in das Gesetz aufgenommen worden ist. Diesem Interesse wäre durch die Vorschrift genügt worden, daß Niemand öffentliche Wappen ohne Erlaubniß der Inhaber derselben als Waarenzeichen führen dürfe. Indem das Gesetz hierüber hinausgehend die Eintragung öffentlicher Wappen als Waarenzeichen schlechthin untersagt, trägt es offenbar einem andern Interesse Rechnung als dem Schutz des Publicums gegen Täuschung. Es kommt hinzu, daß es bei Erlassung des Gesetzes einer solchen Bestimmung zum Schutz des Publicums nicht bedurfte, weil in dieser Hinsicht schon durch Art. 360 Nr. 7 des Strafgesetzbuchs vorgesorgt war, welche Bestimmung schon vor dem Markenschutzgesetz galt und durch dasselbe nicht beseitigt wurde.

In den Motiven zum Entwurf des letzteren wird die Bestimmung des § 3 in Betreff der öffentlichen Wappen nicht durch die Absicht, das Publicum gegen Täuschungen zu schützen, sondern durch die Erwägung begründet, daß erstens derartige Zeichen einer öffentlichen Autorität nicht zum Gegenstand privater Speculationen gemacht werden sollen und zweitens den Inhabern öffentlicher Wappen weder der eigene Gebrauch derselben zur Waarenbezeichnung, noch die Befugniß, den Gebrauch derselben nach ihrem Ermessen dritten Personen zu gestatten, entzogen werden könne (vgl. Reichst.-Verhandl. Session 1874/75 Bd. 3 Actenst. Nr. 20). Beide Gründe passen nicht auf ausländische öffentliche Wappen, da für die inländische Gesetzgebung weder die öffentliche Autorität noch das gewerbliche Interesse auswärtiger Staaten oder öffentlicher Corporationen und Anstalten des Auslands zu schützen eine Veranlassung vorlag. Hätte man dies beabsichtigt, so würde der Schutz nicht unbedingt, sondern nur unter der Bedingung der Gegenseitigkeit gewährt worden sein; es ist daher aus dem Mangel eines diese Bedingung enthaltenden Vorbehalts zu schließen, daß nicht beabsichtigt wurde, mit der fraglichen Bestimmung auch die ausländischen öffentlichen Wappen zu treffen. Dies anzunehmen ist um so unbedenklicher, da keines der bekannten auswärtigen Markenschutzgesetze so weit geht, wie das deutsche Gesetz ginge, wenn man den § 3 auf ausländische Wappen bezöge." . . .

(Dies wird bezüglich der Gesetzgebungen Oesterreichs, Englands und Frankreichs näher ausgeführt.)

„Für die Beschränkung des im § 3 enthaltenen Verbots der Eintragung auf die öffentlichen Wappen des Inlands ist ferner anzuführen, daß auch das im Strafgesetzbuch enthaltene Verbot des unbefugten Gebrauchs von Wappen sich auf ausländische Wappen nicht erstreckt. Nachdem in Preußen durch die Cabinetsordre vom 16. Octbr. 1831 (Gesetzsamml. S. 247) der eigenmächtige Gebrauch und die Abbildung des königlichen Wappens zur Bezeichnung von Waaren auf Aushängeschildern oder Etiketten bei Strafe untersagt worden war, nahm das Strafgesetzbuch . . . im § 360 Nr. 7 eine entsprechende Bestimmung in Betreff der Wappen der Bundesfürsten auf, denen in der neuen Redaction des Strafgesetzbuchs durch Reichsgesetz vom 26. Februar 1876 . . . das kaiserliche Wappen und die Landeswappen gleichgestellt wurden, worunter nach den Motiven des Gesetzentwurfs unzweifelhaft nur die Wappen der zum Deutschen Reich gehörigen Länder verstanden worden sind. . . . Geht nun auch § 3 des Markenschutzgesetzes weiter als diese Strafbestimmung, indem er außer der vorgedachten auch andere öffentliche, z. B. städtische, Wappen von der Eintragung im Zeichenregister ausschließt, so ist doch im Zweifel die geringere Abweichung anzunehmen und die Bestimmung des Markenschutzgesetzes so wenig wie die Vorschrift des Strafgesetzbuchs auf ausländische Wappen zu beziehen, zumal eine Ausnahmebestimmung in Frage steht, daher möglichst einschränkende Interpretation geboten ist. Die öffentlichen Wappen des Auslandes sind daher, was den Schutz der Waarenzeichen betrifft, den Privatwappen gleich zu achten."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 10. Decbr. 1878 in der preuß. Sache Mehler w. Gebr. Crüvell. Entscheidungen Bd. 24 S. 292 ff.

---

162. Markenschutz*. Freizeichen (§ 10 Abs. 2 des Ges. v. 30. Novbr. 1874) dürfen als Bestandtheile von Waarenzeichen angemeldet werden.

*Vgl. die vorige und folgende Nr.

Daß der Klägerin das ausschließliche Recht des Gebrauchs der von ihr zum Zeichenregister angemeldeten Waarenzeichen zustehe, wurde vom Verklagten unter Berufung auf § 10 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 30. Novbr. 1874 u. A. deshalb bestritten, weil die in diesen Zeichen enthaltenen Bilder, der „rauchende Neger" und das „Löwenwappen", sich bisher im freien Gebrauch aller Tabaksfabrikanten, namentlich am Rhein und in Westfalen, befunden hätten und noch befänden. Dieser Einwand wurde vom Appell.-Richter für unbegründet erklärt, weil die Bilder, welche nach der Behauptung des Beklagten sich im freien Gebrauch befunden haben

sollen, nur einen Theil der Waarenzeichen der Klägerin bilden, welche außerdem noch aus den Worten „Negertabak“ und „Löwen-Portorico“ bestehen. — Die hiergegen vom Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde aus folgenden Gründen verworfen:

„Nach § 10 Abs. 2 kann Niemand durch Anmeldung ein Recht auf ein Waarenzeichen erwerben, welches sich bisher im freien Gebrauch aller oder gewisser Klassen von Gewerbetreibenden befunden hat, und nach § 11 kann, wenn die Eintragung eines solchen Zeichens im Zeichenregister stattgefunden hat, von den Betheiligten die Löschung desselben verlangt werden. Dagegen ist hier nicht, wie in § 3 hinsichtlich der öffentlichen Wappen oder Aergerniß erregenden Darstellungen, vorgeschrieben, daß die angemeldeten Waarenzeichen solche Zeichen, welche bisher Freizeichen waren, nicht enthalten dürfen und daß, wenn sie solche enthalten, die Eintragung zu versagen ist. Es kann daher nicht für unstatthaft erachtet werden, daß Zeichen, welche bisher im freien Gebrauch waren, in Verbindung mit andern Zeichen oder Worten als Waarenzeichen angemeldet, mithin als Bestandtheile von Waarenzeichen verwendet werden. Durch die Anmeldung eines derartigen Waarenzeichens entsteht ein ausschließliches Recht nicht auf den Gebrauch des Freizeichens, sondern des damit nicht identischen angemeldeten Zeichens. Dies steht mit der dem § 10 zum Grunde liegenden, aus den Motiven zum § 10 des Gesetzentwurfs ersichtlichen gesetzgeberischen Absicht nicht in Widerspruch. Solche Zeichen, welche bisher nicht als ein Zeichen eines bestimmten einzelnen Gewerbetreibenden dienten, sondern von allen oder ganzen Klassen von Gewerbetreibenden gebraucht wurden, indem sie in hergebrachter Weise die Waarengattung oder bestimmte Qualitäts- oder Größenverhältnisse, oder die Herkunft der Waare aus einem bestimmten Ort oder Bezirk, mithin Eigenschaften der Waare bezeichneten, sollen auch ferner in dieser Weise gebraucht werden können. Weil ein solcher Gemeingebrauch nicht möglich wäre, wenn einzelne Gewerbetreibende im Stande wären, durch Anmeldung des Zeichens zum Zeichenregister ein ausschließliches Recht auf den Gebrauch desselben zu erlangen, bestimmt § 10, daß Niemand durch Anmeldung ein Recht auf derartige Zeichen erlangen kann. Wer aber ein bisher als Freizeichen gebrauchtes Zeichen nur als Bestandtheil eines davon verschiedenen Waarenzeichens anmeldet, erlangt ohnehin nicht das Recht, Andere am Gebrauch des Freizeichens zu hindern, da nicht letzteres, sondern das angemeldete Zeichen als Ganzes den Gegenstand des ausschließlichen Gebrauchsrechts bildet.

Die Entscheidung des Appell.-Richters verstößt demnach gegen § 10 des Gesetzes nicht. Eben so wenig widerspricht sie dem § 18 desselben. Die Vorschrift des § 18 ist im Interesse des Inhabers eines schutzberechtigten Waarenzeichens gegeben und entscheidet die Frage, ob der demselben nach Inhalt des Gesetzes gewährte Schutz auch in dem Fall eintrete, daß das

Zeichen mit Abänderungen wiedergegeben wird. Es können daher nur die schutzberechtigten Inhaber von Waarenzeichen sich auf den § 18 berufen. Dagegen erleidet derselbe weder directe noch analoge Anwendung zu Gunsten derjenigen, die sich eines Freizeichens bedienen, auf welches nach dem Gesetz Niemand ein Recht erlangen kann." . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 10. Decbr. 1878 in der preuß. Sache Mehler w. Gebr. Crüvell. Entscheidungen Bd. 24 S. 292 ff.

---

163. Gegen die Klage des im Handelsregister eingetragenen Firmeninhabers auf Schutz des für die Firma im Zeichenregister eingetragenen Waarenzeichens findet die Einrede: daß Kläger zur Führung der Firma nicht berechtigt sei, nicht statt.

Vgl. die beiden vorigen Nr.

Für die im Firmenregister eingetragene Firma „C. G. Hülsberg" wurde am 8. Octbr. 1875 ein Waarenzeichen angemeldet und eingetragen; eine andere Firma „separirte C. G. Hülsberg" ließ dasselbe Waarenzeichen, nur unwesentlich verändert, am 1. Juni 1876 für sich im Zeichenregister eintragen. Die Firma C. G. Hülsberg klagte gegen die Firma separirte C. G. Hülsberg auf Löschung des für diese eingetragenen Waarenzeichens; Beklagte vertheidigte sich u. A. mit der Behauptung, daß die Klägerin zur Führung der Firma C. G. Hülsberg nicht berechtigt sei. Dieser Einwand ist in allen drei Instanzen verworfen worden, in höchster Instanz aus folgenden Gründen:

Das durch die Anmeldung zum Zeichenregister entstandene Recht zur ausschließlichen Führung des Waarenzeichens steht nach §§ 1 und 8 des Markenschutzgesetzes vom 30. Novbr. 1874 dem Inhaber derjenigen im Handelsregister eingetragenen Firma zu, für welche zuerst die Anmeldung bewirkt ist; es dauert, wenn nicht ein sonstiger Grund der Aufhebung des Rechts eintritt, nach § 12 und § 5 Nr. 1 und 2 so lange fort, bis die Firma im Handelsregister gelöscht oder ohne neue Anmeldung des Zeichens geändert wird. Hieraus ist zu folgern, daß als berechtigt zur Führung des für die Firma angemeldeten Waarenzeichens derjenige gilt, welcher im Handelsregister als Inhaber der Firma eingetragen ist, und daß, wenn auch die Berechtigung zur Führung der Firma von einem Andern streitig gemacht wird, er dennoch zur ausschließlichen Führung des Waarenzeichens für Firma berechtigt bleibt, so lange seine Eintragung im Handelsregister als Inhaber der Firma keine Aenderung erlitten hat. Es ist daher derjenige, welcher ihm das Recht bestreitet, sich des Waarenzeichens zu dienen, weil er zur Führung der Firma nicht berechtigt sei, auf den durch Art. 27 des HGB. dargebotenen Weg der Klage auf Berichtigung des

Handelsregisters zu verweisen, indem die Beseitigung des Eintrags des unberechtigten und die Eintragung des berechtigten Inhabers der Firma die Aufhebung der Berechtigung des Ersteren zur Führung des der Firma zustehenden Waarenzeichens von selbst zur Folge hat. Dagegen ist es nicht für zulässig zu erachten, den Widerspruch gegen die Berechtigung zur Führung des Waarenzeichens vor Aenderung des Eintrags im Handelsregister vermittels einer Einrede gegen die Klage des im Handelsregister als Firmeninhaber Eingetragenen geltend zu machen. Denn das Gesetz bietet weder einen Anhalt dafür, daß neben der Thatsache, daß der Anmeldende mit einer Firma in das Handelsregister eingetragen sei, auch die Berechtigung desselben zur Führung der im Handelsregister eingetragenen Firma eine weitere Voraussetzung des Rechts zur Führung des Waarenzeichens bilden soll, noch läßt sich aus dem Gesetz entnehmen, daß das durch die Anmeldung des Waarenzeichens erworbene Recht schon dann erlösche, wenn die Berechtigung zur Führung der im Handelsregister eingetragenen Firma aufhört oder als nicht vorhanden dargethan wird. Hiermit stimmt auch die Rechtsprechung des preuß. Obertribunals überein (vgl. Erk. v. 11. Januar 1877 in Hartmann's Zeitschr. f. öffentl. Recht Bd. 4 S. 272 ff. u. Entsch. des Obertribunals zu Berlin Bd. 80 S. 416).

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 13. Decbr. 1878 in einer preuß. Sache. Entscheidungen Bd. 24 S. 298.

---

164. Feuerversicherung. Verkauf der versicherten Sachen hebt, auch wenn das Rückkaufsrecht ausbedungen wurde, deren Versicherung auf. — Einfluß des Concurses auf den vom Cridar abgeschlossenen Versicherungsvertrag.

Vgl. Bd. 26 Nr. 175 u. d. dort. Nachw.

„Soweit Kläger Sachen versichert hatte, deren Eigenthum von ihm ... dem P. übertragen war, können dieselben nach § 6 Abs. 2 der allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten nicht als versichert gelten. ... Kläger hatte sich des Eigenthums vollständig entäußert und hatte die bezüglichen Sachen nur als Detentor oder Precarist inne. Trotz der etwaigen persönlichen Verpflichtung des Käufers zur Rückübertragung des Eigenthums waren diese Sachen für den Kläger „fremde Eigenthumsgegenstände", mußten daher, wenn sie versichert sein sollten, ausdrücklich als solche in der Police bezeichnet sein. ...

Der vom Cridar geschlossene Versicherungsvertrag war mit der Güterabtretung nicht in dem Sinne auf das Gläubigercorps übergegangen, daß dieses nunmehr in Ansehung der zur Concursmasse gehörenden Gegenstände als versichert anzusehen war. Versichert blieb allein der Kläger, und die von ihm nach der Concurseröffnung erworbenen Sachen wurden von der

rsicherung, soweit dieselbe generisch nach bestimmten Kategorien abgeschlossen r, mitergriffen. Dagegen durfte allerdings das Gläubigercorps rücksichtlich der zur Concursmasse gehörenden Gegenstände die aus dem Verage entspringende Entschädigungsforderung geltend machen, eben weil schon or der Concurseröffnung das Recht auf Entschädigung für den Versicherungsfall erworben und dieser bedingte Anspruch von der Güterabtretung griffen wurde."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 5. April 1879 in der mecklenb. Sache Jensen w. Gladbacher Feuerversicherungs-Gesellschaft. Entscheidungen Bd. 25 Nr. 10.

---

65. Lebensversicherungsverträge zu Gunsten Dritter; deren Wirksamkeit zu Lebzeiten des Versicherten.

gl. Bd. 23 Nr. 221; Bd. 24 Nr. 155; Bd. 26 Nr. 176, 177, 178; Bd. 28 Nr. 67; d. 32 Nr. 254; Bd. 33 Nr. 12. (Ferner Bd. 32 Nr. 219 u. d. dort. Nachw.; Bd. 33 Nr. 146[1]); Bd. 34 Nr. 192.)

Der Kaufmann E. hatte sein Leben zweimal um bedeutende Beträge a der Stuttgarter Lebensversicherungs- und Ersparnißbank versichert. In er Folge zeigte er der Bank an, daß er die Versicherung von Anfang an n Gunsten seiner Kinder eingegangen habe, was sowohl in den Büchern er Bank als auf den Policen des Versicherten nachträglich vorgemerkt rde. Als E. später in Concurs gerieth, wollten seine Gläubiger die den Policen zum Vortheil der Masse veräußern lassen. Hiergegen legten ber die E.'schen Kinder Protest ein und verlangten auf dem Rechtsweg e Herausgabe der Policen zu Eigenthum oder wenigstens die Anerkennung nes Vorrechts vor der Concursmasse. Das oberste Landesgericht hat ese Klage aus folgenden Gründen abgewiesen:

Die regelmäßige Beschaffenheit des Lebensversicherungsvertrags, die ch in den Statuten der Stuttgarter Lebensversicherungs- und Ersparniß- nen Ausdruck gefunden hat, bringt es mit sich, daß dem Versicherten heimgegeben ist, ob er durch Nichtzahlung der Prämie oder durch Kündigung n Vertrag aufheben oder durch Umwandlung denselben modificiren will, b er sein Recht aus der Police für seine Person erhalten, oder ob er es äußern, verpfänden oder sonstwie beschweren will. Daß der Versicherte ser wesentlichen Dispositionsrechte verlustig geworden sei, läßt sich daraus llein nicht ableiten, daß er seine Police, sei es von Anfang an oder ch nachträgliche Vereinbarung mit der Versicherungsgesellschaft, zu unsten eines Dritten hat stellen lassen. Es widerspräche durchaus

[1]) Bd. 33 S. 203 Z. 21 v. u. lies „219" statt „119".

der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten, wenn angenommen würde der Versicherte habe sich durch diese Vertragsclausel dem Dritten gegenüber nun auch verpflichten wollen, die Prämie bis an sein Lebensende zu bezahlen, oder er habe vertragsmäßig auf das Recht verzichtet, eine durch veränderte Lebensverhältnisse nothwendig gewordene Kündigung seiner Police vorzunehmen. Kann ohne den Hinzutritt besonderer Umstände weder das Eine noch das Andere unterstellt und muß vielmehr für die Regel angenommen werden, daß der Versicherte durch die gedachte Clausel in den gewöhnlichen Dispositionsrechten über seine Police nicht beschränkt wird, so stellt sich die Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten als ein Obligationsverhältniß dar, welches diesem Letzteren zu Lebzeiten des Versicherten noch kein unbedingtes und unwiderrufliches Recht verleiht. Dieses Recht soll erst mit dem Tode des Versicherten zur vollen Wirksamkeit gelangen; bis dahin soll es abhängig gemacht bleiben von den mehrfachen Veränderungen, die mit einer Police vorgenommen werden können und erfahrungsgemäß nicht selten vorgenommen zu werden pflegen. Der in einem Lebensversicherungsvertrag bedachte Dritte ist rechtlich nicht befugt, den Versicherten in der freien Verfügung über seine Police zu hindern; er hat nur eine bedingte und betagte Anwartschaft auf den künftigen Gewinn, und die zu seinen Gunsten getroffene Bestimmung kann demnach keine andere Rechtsfolge haben, als daß der bedachte Dritte forderungsberechtigt ist, wenn der Versicherungsvertrag in der Person des Versicherten bis zu dessen Tod erhalten blieb oder mit anderen Worten, wenn der Versicherte zu Lebzeiten keine das eventuelle Recht des Dritten ausschließende Verfügung in Absicht auf seine Police getroffen hat. Dies ist die gewöhnliche Bedeutung der zu Gunsten Dritter abgeschlossenen Lebensversicherungsverträge, und weder die Statuten der Stuttgarter Lebensversicherungs- und Ersparnißbank, noch das specielle Vertragsverhältniß zwischen dem Versicherten E. und seinen Kindern geben irgend etwas an die Hand, was eine Abweichung von jener allgemeinen Regel in dem vorliegenden Falle gestatten würde. Hieraus folgt, daß der Versicherte E. trotz seiner zu Gunsten seiner Kinder getroffenen Bestimmung befugt geblieben ist, seine Police zu kündigen und umzuwandeln oder auch sie zu verpfänden und zu veräußern, und weiter folgt daraus, daß dieses Recht der Veräußerung, da es unbestreitbar einen sachlichen Vermögenswerth, also ein Activum der Concursmasse repräsentirt, auf die Creditorschaft des Versicherten übergehen konnte. Die Gläubiger des in Concurs gerathenen E. sind daher befugt, die Police zu Gunsten der Masse zu veräußern.

Entscheidung des Stuttgarter Obertribunals v. 7. Mai 1879. (St.)

II. Civilproceß.

166. Feſtſtellung des Empfangsverzugs von richterlichen Amts wegen.

Vgl. Bd. 10 Nr. 291; Bd. 14 Nr. 193; Bd. 24 Nr. 277; Bd. 25 Nr. 180 u. d. dort. Nachw.; Bd. 26 Nr. 249 Ziff. 2.

„Allerdings hat Kläger ſelbſt ſeinen Anſpruch von dem Geſichtspunct aus, daß Verklagter ſich eines Verzugs in der Empfangnahme habe zu Schulden kommen laſſen, nicht begründet; vielmehr iſt die Frage, ob ein ſolcher Verzug anzunehmen ſei und welche Wirkungen derſelbe äußern würde, von den Parteien einer Erörterung nicht unterzogen worden. Dieſer Umſtand kann indeſſen den Richter nicht hindern, ſeinerſeits zu prüfen, ob nach den thatſächlichen Anführungen der Parteien hier ein Empfangnahmeverzug vorliege und aus dieſem Grunde Verklagter zur Bezahlung des eingeklagten Kaufpreiſes verpflichtet erſcheine. Bei einer derartigen Prüfung handelt es ſich lediglich um die rechtliche Würdigung des thatſächlichen Vorbringens, und hierbei iſt der Richter durch die rechtlichen Ausführungen der Parteien nicht beſchränkt. Vielmehr hat er ſelbſtändig zu prüfen, welche Rechtsregeln auf die vorgetragenen Thatſachen zutreffen, und dieſe auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn ſelbige von den Parteien nicht in Bezug genommen ſind. Demgemäß iſt der Appell.-Richter verfahren. Er hat die Rechtsregeln über den Empfangnahmeverzug und deſſen Folgen auf die actenmäßigen Thatſachen angewandt."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 9. Septbr. 1879. Wallmann deutſche Juriſtenzeitung Jahrg. 1879 S. 781. (X.)

---

167. Beweislaſt über angemeſſenen und üblichen oder verabredeten Kaufpreis.

Vgl. Bd. 34 Nr. 160 u. die dort. Nachw., ſowie die folgenden Nrn.

In einer Streitſache, in welcher lediglich auf Zahlung des angemeſſenen und üblichen Kaufpreiſes geklagt war, Verklagter aber die Verabredung eines beſtimmten Preiſes behauptet hatte, wurde hinſichtlich der Beweislaſt eben ſo entſchieden wie in dem Bd. 34 Nr. 160 mitgetheilten Erkenntniſſe und im Weſentlichen auf die Gründe dieſes Erkenntniſſes Bezug genommen. Dabei wurde noch Folgendes hinzugefügt:

Von der zuletzt adoptirten Meinung wieder abzugehen iſt um ſo weniger Grund vorhanden, als dieſelbe allein geeignet iſt, den Bedürfniſſen des praktiſchen Lebens durch Abſchneidung proceſſualiſcher Schwierigkeiten, welche bei Annahme der entgegengeſetzten Anſicht leicht eintreten können,

gerecht zu werden (vgl. braunschw. Zeitschr. f. Rechtspfl. Bd. 15 S. 15; Fels die Bestimmtheit des Kaufpreises § 40 S. 85 u. 86), und als auch das ROHG. in seiner Entscheidung vom 19. Juni 1878 (vgl. Entsch. Bd. 24 S. 64[1]) sich dafür ausgesprochen hat, daß der Mangel einer Vereinbarung über einen bestimmten Preis nicht als Klaggrund zu betrachten ist.

Die hiesigen Entscheidungen, in welchen die entgegengesetzte Meinung Billigung gefunden hat (Zeitschr. Bd. 22 S. 122), gehen von dem unrichtigen Satze aus, daß ein Gewerbetreibender für die ihm übertragenen Arbeiten resp. für Lieferung angefertigter Sachen nur die bedungene Gegenleistung fordern könne. Es wird dabei verkannt, daß die von einem Gewerbetreibenden erhobene, auf Bezahlung des angemessenen Preises gerichtete Klage auch ohne Preisbedingung begründet ist und daß diese actio praescriptis verbis nur durch den Beweis der selbständigen Behauptung einer concreten Preisverabredung elidirt werden kann. Diese Behauptung ist nämlich an sich mit der Klagbehauptung vereinbar und fügt nur einen Zusatz hinzu, durch welchen sie einen andern juristischen Character erhält. Sie stellt sich daher nicht als ein indirectes Leugnen der Klage dar, denn dazu würde eine directe Verneinung genügen, welche hier aber nicht ausreicht (vgl. Wetzell Civilproceß 2. Aufl. S. 154; Seuffert Archiv Bd. 24 Nr. 87).

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 13. Mai 1879. Zeitschr. f. Rechtspfl. im Herzogth. Braunschweig, Jahrg. 26 S. 162 ff.

(X.)

---

168. Klage auf Zahlung eines üblichen oder werthentsprechenden Kaufpreises; Einwand: es sei ein fester Preis verabredet worden; Beweislast.

Vgl. die vorige u. folgende Nr.

„Klägerin behauptet, die Waare sei der Beklagten auf Grund einer vorhergegangenen Besprechung mit Schreiben vom 6. Januar 1877 zu dem in ihrem, der Klägerin, Geschäfte üblichen und werthentsprechenden Preis von 2 M. 60 ₰ pro Meter unter Uebersendung von Mustern angeboten worden und es habe darauf die Beklagte am 8. dess. Mts. die Klägerin um Zusendung der Waare ersucht, ohne irgend welche Bemerkung bezüglich des Preises zu machen. . . . Die Beklagte stellt dies in Abrede und führt an, daß ein fester Preis von 2 M. 50 ₰ pro Meter bedungen worden sei.

Mit Recht ist die vorige Instanz davon ausgegangen, daß die Beklagte nicht schon alsdann nach der Klagbitte verurtheilt werden könne, wenn Klägerin den ihr von dem Stadtgericht auferlegten Beweis führe, daß die

[1]) Abgedruckt in der folgenden Nr.

geforderte Preis von 2 M. 60 ₰ pro Meter der in ihrem Geschäfte übliche oder werthentsprechende sei. . . . Denn in der That behauptet Beklagte in Ansehung der Preisbestimmung einen andern Vertrag als die Klägerin. Zwar ist nach dem Vorbringen beider Theile in jedem Falle der Kaufpreis ein bedungener; allein Klägerin will auf den üblichen oder werthentsprechenden, Beklagte auf den angegebenen festen Preis contrahirt haben. Das Anführen der Beklagten erscheint daher als negative Litiscontestation, und ist Klägerin verpflichtet, den Nachweis zu führen, daß der Kaufvertrag so, wie sie ihn behauptet, zu Stande gekommen sei. Der Fall liegt im Wesentlichen nicht anders, als wenn Klägerin die Verabredung eines bestimmten Preises behauptet und die Beklagte sich dem gegenüber auf die vertragsmäßige Festsetzung eines niedrigeren Kaufpreises berufen hätte; nur insoweit waltet ein Unterschied ob, als in letzterem Falle Klägerin lediglich den Beweis der Vereinbarung über den höheren Kaufpreis zu führen hätte, während vorliegend zu dem Nachweise der ausdrücklichen oder stillschweigenden Verabredung über den üblichen oder werthentsprechenden Preis noch der Beweis des objectiven Moments, wonach der Preis zu bestimmen ist, nämlich der Ueblichkeit oder Angemessenheit desselben, hinzutreten muß.

Dagegen kann die Klägerin nicht mit dem Beweise belastet werden: „daß bei dem Vertragsabschlusse ein Preis für die gelieferten Waaren nicht vereinbart worden sei", wie dies in voriger Instanz geschehen ist. Zunächst hat nach der eigenen Sachdarstellung der Klägerin eine Verabredung über den Preis wirklich stattgefunden, und nur soviel könnte hierbei zweifelhaft sein, ob sich Klägerin darauf habe beziehen wollen, daß die Beklagte ausdrücklich zu dem üblichen oder werthentsprechenden Preise die Waare bei ihr bestellt habe, oder ob diese Bestellung aus den begleitenden Umständen — der bestehenden Geschäftsverbindung, der vorausgegangenen Unterredung, der Offerte vom 6. Januar 1877 u. s. w. — gefolgert, insofern also ein stillschweigendes Einverständniß über den Preis behauptet werden sollte. Sodann aber hat die Klägerin die Negative, daß ein fester Preis nach der Behauptung der Beklagten nicht verabredet worden, überhaupt nicht darzuthun; denn der Mangel einer Vereinbarung über einen bestimmten Preis ist nicht als Klaggrund zu betrachten. Die Motive zu dem angef. Erk. gehen zwar von ähnlichen Gesichtspunkten aus, wenn sie hervorheben, daß demnächst aus dem Beweismaterial zu entnehmen sein werde, was unter den Parteien vereinbart worden sei; da jedoch der dort normirte Beweissatz immerhin zu Mißverständnissen Veranlassung geben kann und ohnehin das entscheidende Moment nicht erkennbar macht, so war an dessen Stelle der Klägerin der Beweis aufzuerlegen, daß sie die fraglichen Waaren zu dem in ihrem Geschäfte üblichen oder werthentsprechenden Preise der Beklagten angeboten und Letztere daraufhin die Waaren bestellt habe.

Dieser Beweissatz schließt sich genau an das Replikvorbringen an. Der Klägerin bleibt vorbehalten, im Beweisverfahren substantiirt darzulegen, ob ausdrücklich oder stillschweigend auf den üblichen oder werthentsprechenden Preis contrahirt wurde." . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 19. Juni 1878 in der gr. hess. Sache Benjamin u. Jacob, Kl., w. Haas u. Joseph, Bekl. Entscheidungen Bd. 24 S. 62 ff.

---

169. Klage auf Zahlung des verabredeten, event. des angemessenen und üblichen Preises. Beweissatz.

Vgl. die vorigen Nrn.

Ueber eine Klage auf Zahlung des Preises für dienstmiethlich geleistete Malerarbeiten war dem Kläger über seine Behauptung, daß die geforderten Preise vereinbart, event. üblich und angemessen seien, alternativer Beweis dahin auferlegt: 1. daß die angesetzten Preise zwischen den Contrahenten vereinbart oder 2. a) daß die Zahlung angemessener Preise zwischen ihnen vereinbart und b) daß die berechneten Preise zur Zeit und am Orte der Lieferung der fraglichen Arbeiten angemessen gewesen seien. Die vom Kläger dieserhalb erhobene Beschwerde ward für erheblich erachtet.

Gründe: In den Fällen, wo der Kläger, wie hier, den für eine Waare oder Arbeit geforderten Preis als verabredet, event. angemessen einklagt, bedarf es beim Leugnen des Beklagten richtiger Anschauung zufolge neben dem Beweise der Angemessenheit selbst nicht auch noch des Beweises, daß auf angemessene Preise ausdrücklich contrahirt worden sei. Der Anspruch auf angemessene Preise gelangt überhaupt erst dann und in der Eventualität zur Geltung, wenn die Beweis- und Gegenbeweisführung zu der unter allen Umständen zunächst maßgebenden Preisverabredung durchweg resultatlos geblieben ist, also ergeben hat, daß eine bestimmte Preisverabredung überall nicht, weder zu dem vom Kläger behaupteten, noch zu einem beklagtischerseits etwa geltend gemachten niedrigeren Preise, zu Stande gekommen ist; dann aber ist der übereinstimmende Contractswille der Parteien als auf Zahlung angemessener Preise stillschweigend gerichtet gewesen ohne Weiteres anzusehen (Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 8 S. 57; Seuffert Archiv Bd. 34 Nr. 160). Der der Klägerin von dem OG. gleichwohl in dieser Richtung noch abgeforderte Beweis unter 2a des Interlocuts ist daher in beantragtem Maße zu streichen.

Erk. des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 14. Novbr. 1879 i. S. Moelle u. Bode w. Herzfeld wegen Forderung. (W.)

---

170. Beweiskraft telegraphischer Depeschen[1]).

In allen den Ländern, in welchen der telegraphische Verkehr durch eine Staatsanstalt besorgt wird, haben die zur Ausgabe an den Adressaten gelangenden Depeschen civilrechtlich die Beweiskraft öffentlicher Urkunden[2]). Wird von einer Partei behauptet, daß die von der Gegenpartei zum Beweise ihrer Behauptung producirte Depesche in dem Ankunftsort unrichtig ausgefertigt worden, so hat sie dies nachzuweisen.

Erk. des ROHG. zu Leipzig v. 27. Januar 1879. Heuser Annalen Bd. 24 S. 204. (X.)

171. Pflicht zur eidlichen Specification eines Nachlasses. Unzulässigkeit eines der Ableistung des Manifestationseides vorangehenden Monitur-verfahrens über die Richtigkeit des vorgelegten Verzeichnisses.

Der Beklagte hatte auf Grund einer rechtskräftigen Verurtheilung ein Nachlaßverzeichniß, dessen eidliche Erhärtung ihm oblag, eingebracht. Der Kläger machte dagegen verschiedene, die Ungenauigkeit und Unvollständigkeit des Verzeichnisses urgirende Einwendungen, mittels deren er weitere Angaben des Beklagten vor dessen Eidesleistung erzwingen wollte. In erster Instanz wurden, diesen Einwendungen gemäß, dem Beklagten weitere Auflagen gemacht. Dagegen erhob er die Berufung und erlangte folgende Entscheidung:

In dem gegen den Beklagten und dessen früheren Streitgenossen ergangenen Urtheile vom 12. April 1872 hat der erste Richter ausgesprochen, daß jene schuldig seien, eine eidlich zu erhärtende Specification desjenigen, was sie durch den (eine successio anticipata begründenden) Vertrag vom 9. Juli 1863 aus dem Vermögen ihres Vaters erhalten haben, herauszugeben; zugleich ist verordnet, daß ein besonderes Manifestationsverfahren (vor dem Proceßgericht) einzuleiten sei, und es ist endlich ein zweites Nachverfahren behufs Feststellung der Summe, welche dem Kläger als Pflichttheil (zu einem Zehntel) vom Vermögen seines Großvaters auszuzahlen, in Aussicht genommen. . . .

Nach den in der Praxis angenommenen und auch hier anwendbaren Grundsätzen ist der in Erbschaftsfällen gebräuchliche Manifestationseid ein moralisches Zwangsmittel, mittels dessen der Beklagte genöthigt werden soll, über Alles, was aus der betreffenden Erbschaft früher oder später an ihn gekommen ist, nach bestem Wissen getreue und so vollständige Angaben zu machen, wie erforderlich ist, um dem Kläger den auf anderem Wege

[1]) Vgl. deutsche CPO. § 380.

[2]) d. h. bezüglich der Frage, ob die Depesche in der Fassung auf der Telegraphenstation angelangt sei, wie sie ausgefertigt worden ist.

nicht wohl thunlichen Einblick in den Bestand der Erbschaft, soweit eben der Beklagte sie unter sich hat, zu verschaffen. Es folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß nur die Verbindlichkeit zur Ableistung des Manifestationseides wirklich in condemnatione ist, daß dagegen der Inhalt der unter Eid zu machenden Angaben zunächst dem Gewissen des Schwörenden anheimgestellt werden muß. Ob und inwieweit der eine und der andere Theil durch die eidlich bekräftigten Angaben gebunden sei in Bezug auf das demnächstige weitere Verfahren, das steht einstweilen gar nicht in Frage; eben so bedarf es zur Zeit keines Ausspruches über die Folgen, welchen der Beklagte sich aussetzt, wenn er die Ableistung des Eides verweigern und wenn er unrichtig und unvollständig specificiren sollte.

Hiernach wäre vor allen Dingen erforderlich gewesen, die Norm des vom Beklagten zu leistenden Manifestationseides, da solches im Urtheil vom 12. April 1872 noch nicht geschehen, nachträglich gerichtlich festzustellen. Dabei würde sich ausreichende Gelegenheit geboten haben, den Umfang der Manifestationspflicht näher zu präcisiren, und es bedarf hier kaum noch der Hinweisung darauf, daß die übliche Formel[1]) solcher Eide dem Schwörenden nicht bloß die Möglichkeit offen hält, seine Angaben bis zum Moment der Eidesleistung noch zu berichtigen und zu ergänzen, sondern auch auf nachträgliche Anzeige dessen, was etwa erst später in Erfahrung gebracht wird, sich richtet. Auch war dem Gerichte unbenommen, dem Beklagten, falls der Inhalt der von demselben bereits herausgegebenen Specification dazu Veranlassung bot, durch geeignete Vorhalte das Gewissen zu schärfen. Imgleichen war in diesem Falle dem Kläger nicht zu versagen, vor Abnahme des Eides dem Gedächtnisse seines Gegners zu Hülfe zu kommen.

Statt dessen ist in Folge und in Gemäßheit der vom Kläger unter dem 22/26. Mai 1873 angekündigten Anträge ein vorzeitiges Monitorverfahren eingeleitet und sodann erkannt worden, daß Beklagter eine in den vom Kläger bezeichneten Richtungen vervollständigte Specification herauszugeben habe und daß bis nach geschehener Vervollständigung von Normirung des Manifestationseides Abstand zu nehmen sei. Es drängt sich die Frage auf, was geschehen solle, wenn Beklagter diesem Urtheile, dessen Rechtskraft einmal vorausgesetzt, nicht gehorsamen würde. Das Verfahren hat in der That nur zum Verschleif der Sache gereicht, und der Kläger, als Urheber desselben, wird die im § 45 Abs. 2 der (hannov.) bürgerl. Proceßordnung angedeuteten Folgen tragen müssen. Der Umstand, daß der Beklagte im Laufe der Berufungsinstanz selbst anerkannt hat, die bereits herausgegebene Specification in einzelnen Beziehungen noch vervollständigen zu müssen, kann an der rechtlichen Beurtheilung der Sache nichts ändern. —

[1]) Vgl. deutsche CPO. § 711.

Aus diesen Gründen wird das angef. Erk. vom 4. Juli 1873 gänzlich beseitigt und erkannt, daß Kläger mit den von ihm behufs Abwendung der sofortigen Normirung des Manifestationseides erhobenen Weiterungen zurückzuweisen, auch in die durch den Incidentstreit erwachsenen Kosten beider Instanzen zu verurtheilen sei.

Erk. des AG. zu Celle (2. Sen.) v. 12. Novbr. 1873. Zeitschr. f. hannov. Recht Bd. 8 S. 113 ff. (X.)

---

172. Zur Auslegung von § 1 des Gesetzes vom 21. Juni 1869, betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns.

Vgl. Bd. 28 Nr. 267 u. die folgende Nr.

„Die vorige Instanz geht davon aus, daß § 1 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869, betr. die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns, nicht Anwendung leide, wenn das Dienstverhältniß, auf welchem der Lohn- (Gehalts-) Anspruch des Dienstleistenden beruht, die Erwerbsthätigkeit desselben nur zu einem geringen Theil in Anspruch nimmt, daß dagegen darauf, ob derselbe gerade zu der Zeit, zu welcher die Beschlagnahme in Frage kommt, thatsächlich noch anderweiten Verdienst hat, etwas nicht ankomme, vorausgesetzt nur, daß der Dienstleistende . . . zu weiterer Arbeitsleistung überhaupt fähig ist. Dieses Princip ist als richtig anzuerkennen.

Dafür spricht schon der Wortlaut der Vorschrift (vgl. die Worte des § 1: „sofern dieses Verhältniß die Erwerbsthätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt"), und jeder etwaige Zweifel wird durch die Gesetzesmaterialien beseitigt. In dem Bericht der Reichstagscommission, von welcher die Fassung des § 1 — mit Ausnahme der hier nicht in Betracht kommenden Schlußworte — herrührt, wird hervorgehoben: es sei gegenüber den Meinungsverschiedenheiten, welche bezüglich der dem Verbot der Beschlagnahme zu gebenden Ausdehnung hervorgetreten seien, die Ansicht durchgedrungen, daß das Gesetz auf solche Verhältnisse zu beschränken sei, durch welche einerseits den Beziehungen des Leistenden und des Empfängers der Leistung eine gewisse Stetigkeit gegeben, andrerseits den Leistungen dadurch eine vorzügliche Wichtigkeit verliehen werde, daß der Leistende seine Erwerbsthätigkeit ganz und gar, mindestens hauptsächlich, ihnen widme. Weiterhin wird im Bericht zweier im Schooß der Commission gestellter Anträge gedacht, welche die Ausdehnung des § 1 auch auf solche Dienstverhältnisse bezweckten, die die Erwerbsthätigkeit des Dienstleistenden zu „wiederkehrender Nebenbeschäftigung" bzw. „sonst berufsmäßig" in Anspruch nähmen. Diese Anträge aber wurden von der Majorität der Commission verworfen, weil, wie in dem Bericht ferner gesagt wird, die Commission strenge an der Einschränkung des Gesetzes auf solche Dienst-

verhältnisse festgehalten habe, welche die Berufsthätigkeit des Leistenden mindestens in einem überwiegenden Grade beanspruchten (Stenogr. Reichstagsber. 1869 Bd. 3 S. 586 f.). Nirgends ist aber eine Andeutung dafür gegeben, daß entgegengesetzten Falles das Gesetz wenigstens dann Anwendung zu leiden habe, wenn der Dienstleistende seine Arbeitskraft thatsächlich nicht noch anderweit verwerthet.

Freilich führt diese Auslegung des Gesetzes dahin, daß ein geringer Verdienst der Beschlagnahme unterliegt, sofern solche landesgesetzlich zulässig ist, während dieselbe rücksichtlich eines weit höheren Verdienstes, der auf einem Dienstverhältniß der in § 1 gedachten Art beruht, ausgeschlossen ist. Allein solche Ungleichheiten, dergleichen sich namentlich auch aus den Vorschriften im § 4 unter 4 ergeben, sind eine nicht abzulehnende Consequenz des beschränkten Inhalts des in Rede stehenden Specialgesetzes."

Beschw.-Bescheid des ROHG. zu Leipzig (3. Sen.) v. 24. Octbr. 1878 in einer sächs. Sache. Entscheidungen Bd. 24 S. 362 ff.

---

173. Die Ausnahmebestimmung in § 4 Ziff. 3 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869, die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns betr., ist auf Beiträge des Vaters zur Alimentation seines außerehelichen Kindes nicht anwendbar.

Vgl. die vorige Nr.

„Aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung des § 4 Ziff. 3 des Reichsgesetzes geht klar hervor, daß dieselbe auf Alimentationsansprüche außerehelicher Kinder gegenüber ihrem natürlichen Vater jedenfalls nicht anwendbar ist, so lange dieselben nicht durch Legitimation die Rechte ehelicher Kinder erlangt haben. Wie nämlich die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes zu jenem Gesetze zeigen, wurde zu der in Rede stehenden Bestimmung des § 4 Ziff. 3, welche selbst in dem von der Regierung vorgelegten Entwurfe des Gesetzes noch nicht enthalten, sondern erst bei der zweiten Lesung des letzteren auf Antrag eines Abgeordneten in denselben gelangt war (vgl. Stenogr. Berichte für die Session 1869 Bd. 2 S. 898 u. 916), bei der dritten Lesung im Reichstage von einem Abgeordneten das Amendement gestellt, die Schlußworte „Familienglieder" zu streichen, in der Absicht, damit der Ausnahmebestimmung der Ziff. 3 eine solche Ausdehnung zu geben, daß auch die gesetzlichen Alimentationsansprüche zu Gunsten unehelicher Kinder gegenüber dem natürlichen Vater darunter begriffen sein sollten. Dieses Amendement wurde jedoch vom Reichstage mit großer Mehrheit verworfen (Stenogr. Berichte a. a. O. S. 983 Sp. 1), nachdem drei Abgeordnete, worunter auch derjenige, von dem der Antrag auf Aufnahme der Bestimmung der Ziff. 3 in das Gesetz ausgegangen war,

ich entschieden gegen dasselbe ausgesprochen und zwei derselben eine solche Ausdehnung der Ausnahmebestimmung der Ziff. 3 auf Alimentenansprüche von außerehelichen Kindern gegenüber ihrem natürlichen Vater insbesondere mit Rücksicht auf die Zweifelhaftigkeit der Berechtigung der Paternitätsklage überhaupt vom legislativen bzw. sittlichen Standpuncte aus für bedenklich erklärt hatten.

Aus der hiernach ganz zweifellos feststehenden Absicht des Reichsgesetzes, die Alimentationsansprüche außerehelicher Kinder gegenüber ihrem natürlichen Vater unter die in § 4 Ziff. 3 desselben statuirte Ausnahme nicht einzubegreifen, ergiebt sich" 2c.

Erk. des obersten Gerichtshofes f. Bayern v. 29. Octbr. 1872. Sammlung (f. Civilrecht u. Civilpr.) Bd. 2 S. 554, 555. (X.)

---

174. Für die Compensabilität einer Wechselforderung im Concurse[1]) des Acceptanten ist nicht der Zeitpunct der Einlösung des Wechsels im Regreßwege, sondern der des frühern Wechselerwerbes entscheidend.

Vgl. Bd. 34 Nr. 233.

Der Verklagte W. schuldete der St.'schen Concursmasse 750 M. Hypothekenzinsen für die Zeit vom 3. April 1875 bis dahin 1876 und stellte zur Compensation ein Wechselaccept des Cridars über 7500 M., welches er durch Giro vom 14. Mai 1875 erworben, am 19. dess. Mts. weiter begeben und nach der am 4. Novbr. 1875 erfolgten Concurseröffnung am 9. Novbr. 1875 im Regreßwege eingelöst hatte. In 1. und 2. Instanz wurde die Compensation für unzulässig, in oberster Instanz dagegen für zulässig erklärt. Die oberstrichterlichen Entscheidungen lauten:

Der Appell.-Richter hat die Zulassung der Compensation abgelehnt, weil er das Indossament als eine vollständige Eigenthumsübertragung und das dadurch begründete Regreßrecht nur im Sinne einer Anwartschaft auffaßt, welche erst durch die Einlösung des Wechsels existent wird. Er stützt sich dabei auf ein Erkenntniß des ROHG. vom 28. Juni 1875 (Entscheidungen desselben Bd. 17 S. 407), in welchem auch, unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen des Obertribunals, den Art. 10, 14 u. 17 der allg. WO. die im Appellationsurtel vertretene, die Compensation nach § 97 Nr. 2 der (preuß.) Concursordnung ausschließende Bedeutung beigelegt wird. In späteren Entscheidungen, zuletzt in dem Erkenntnisse vom 9. Juli 1868 (Striethorst Archiv Bd. 71 S. 303), hat indessen das Obertribunal die Compensabilität einer Wechselregreßforderung unter den Voraussetzungen 1 in Gemäßheit des § 96 Nr. 3 der Concursordnung vom 8. Mai 1855 anerkannt und darauf gestützt, daß die Rückkehr des Wechsels nur die

[1]) Vgl. deutsche Concursordnung § 48 Ziff. 2.

Wirkung habe, daß die thatsächlichen Voraussetzungen zur Geltendmachun der im Indossamente wurzelnden Rechte in Erfüllung gegangen seien.

Dieser zunächst aus dem Vertragsverhältnisse zwischen Indossanten un Indossatar hergeleitete und auf dasselbe angewendete Grundsatz muß auc für das Rechtsverhältniß des Wechselinhabers zum Acceptanten aufrech erhalten werden.

Ohne Zweifel hat das Indossament die ihm vom Appell.-Richter be gelegte Wirkung der Eigenthumsübertragung des Wechsels und aller durc denselben begründeten Rechte und Pflichten der im Wechselverbande stehend Personen. — Richtig faßt auch der Appell.-Richter die durch das Indoss ment begründete Wechselverpflichtung des Indossanten als ein nur zwische ihm und seinen Nachmännern bestehendes Schuldverhältniß auf. Darau kann aber nur gefolgert werden, daß die Einlösung des Wechsels nur die besondere Schuldverhältniß aufhebt und die sonst bestehenden wechselrechtliche Verpflichtungen als selbständige Obligationen an sich unberührt läßt.

Civilrechtlich schafft die Bezahlung einer eigenen Schuld einen Recht titel nicht, und auch nach Wechselrecht kann der Einlösung des Wechse nicht die Wirkung beigelegt werden, daß durch dieselbe ein neuer Anspru begründet wird, da den Gegenstand der Regreßforderung die Wechselsum bildet und die hinzutretenden Zinsen und Unkosten ihren Grund in d Nichtzahlung seitens des Wechselverpflichteten haben. Zur Geltendmachun dieses Forderungsrechts bedarf es keiner Rückübertragung, sondern nur de Besitzes des Wechsels und der sonst vorgeschriebenen wechselrechtlichen U kunden, zu deren Aushändigung die Einlösung den Nachmann verpflicht Berechtigt aber der Besitz des Wechsels als Trägers aller durch denselb begründeten Wechselverbindlichkeiten den Inhaber zur Geltendmachung al ihm vermöge seiner Stellung im Wechselverbande zustehenden Rechte, kann auch der Rechtsgrund derselben nur in diese Stellung gesetzt und Einlösung nur als die thatsächliche, den Besitz des Wechsels verschaffe Voraussetzung aufgefaßt werden.

Das dem in Anspruch genommenen Vormanne zustehende Rückgri recht ist rechtlich so zu erklären, daß, der Weiterbegebung des Wech ungeachtet, die ihm zugestandenen Wechselberechtigungen als fortbesteh unterstellt werden. Der Indossant, welcher nach Befriedigung eines se Nachmänner sein eigenes und seiner Nachmänner Indossament ausstrei kann, greift damit auf den eigenen Wechselerwerb zurück und macht durch denselben begründeten selbständigen Rechte geltend. Dieser Zeitpu und nicht der der Einlösung des Wechsels, ist daher für die Compensabil der Wechselforderung entscheidend. . . .

Erk. des Obertribunals zu Berlin (3. Sen.) v. 11. Januar 1878. E scheidungen Bd. 81 S. 113 ff. (X.)

I. Civilrecht.

175. Feststellungsklagen; subsidiäre Natur derselben [1]).

Vgl. Bd. 34 Nr. 2 u. d. dort. Nachw., Nr. 84; auch Bd. 35 Nr. 89.

„Die Klägerin verlangt zunächst die Feststellung, daß der Beklagte an [illegible] Vorvertrag vom 27. Juli 1876 gebunden sei. . . .

Eine Feststellungsklage der angestellten Art ist im vorliegenden Falle [illegible]ar nicht deshalb unstatthaft, weil die Klägerin neben derselben auch noch [illegible] Erfüllung des Vertrags *geklagt* hat, sie ist vielmehr deshalb unstatthaft [illegible]d würde dies auch dann sein, wenn kein sonstiger Antrag mit ihr ver[illegible]den gewesen wäre), weil die Klägerin zur Zeit der Klagerhebung an [illegible] *sofortigen* vollen Verfolgung ihres aus dem Vertrage entspringenden [illegible]hts durch nichts gehindert, insbesondere die Klage auf Erfüllung desselben [illegible] ganzen Umfange bereits erwachsen war.

Die neuere gemeinrechtliche Theorie und Praxis sowohl wie einzelne [illegible]ticularrechte gewähren, indem sie eine Lücke in dem bisherigen Klagen[illegible]me ausfüllen, in Fällen, wo eine Verurtheilung noch nicht erfolgen [illegible], eine sog. Feststellungsklage, insbesondere auf Anerkennung des [illegible]ehens eines Rechtsverhältnisses, jedoch nur unter der Voraussetzung, [illegible] für diese außerordentliche Art der Klagerhebung, für die *anticipirte* [illegible]stellung eines späteren Klagen auf Leistung ꝛc. zum Grunde zu legenden [illegible]itpuncts, zur Zeit der Anstellung ein rechtliches Interesse vorliegt, [illegible] Voraussetzung, die der der gemeinrechtlichen Auffassung lediglich ent[illegible]hende § 231 der RCPO. so ausdrückt, daß der Kläger ein rechtliches [illegible]eresse daran haben müsse, daß das Rechtsverhältniß ꝛc. durch richterliche [illegible]scheidung *alsbald* festgestellt werde. Hieraus ergiebt sich ohne Weiteres, [illegible] wer an der zeitigen Verfolgung seines vollen Rechts nicht behindert, [illegible]entlich also, wo es sich um obligatorische, insbesondere Vertragsrechte [illegible]delt, sofort auf Erfüllung zu klagen befugt ist, schwerlich jemals ein [illegible]liches Interesse an einer selbständigen Feststellung einer Vorfrage haben

[1]) Vgl. deutsche CPO. § 231.

kann, welche von selbst schon durch die Klage auf Leistung zum Austrag gebracht werden würde. Diese so zu sagen subsidiäre Natur solcher Klage wird auch in der Rechtsprechung fast ausnahmslos anerkannt:

s. z. B. Sächsische Zeitschrift f. Rechtspflege N. F. Bd. 20 S. 20; Seuffert Archiv Bd. 3 Nr. 4, 304, Bd. 34 Nr. 2, 84; Fenner u. Mecke civilrechtl. Entsch. Bd. 6 S. 27 f. s. auch Weismann die Feststellungsklage (1879) S. 158 Not. 3.

Im vorliegenden Falle erzeugte der Vorvertrag vom 27. Juli 1876 — seine Rechtsbeständigkeit mit der Klägerin angenommen — eine Klage darauf, daß der Beklagte denjenigen Versicherungsvertrag, welchen abzuschließen er sich verpflichtet hatte, mit ihr abzuschließen verurtheilt werde. Diese Klage war zur Zeit der Anstellung der vorliegenden Klage (2. Mai 1877) bereits erwachsen, da nach den Behauptungen der Klägerin und den betr. besonderen Verabredungen mit dem am 1. Januar und bzw. am 13. März eines eintretenden Ablaufe der früheren Versicherungen die neuen Versicherungen bei der Klägerin zu nehmen waren. An ein rechtliches Interesse der Klägerin, welches eine selbständige Feststellungsklage erlaubt hätte, kann daher wohl vor dem Eintritte dieser Termine gedacht werden, nicht aber nach demselben, zu welcher Zeit das, was die Klägerin im günstigsten Falle überhaupt erreichen konnte, durch die bereits erwachsene Klage auf Abschluß des Versicherungsvertrages sofort zu erreichen war. . . .

. . . Die Klage wäre daher als überhaupt unstatthaft zu verwerfen gewesen."

Erk. des OLG. (1. Sen.) zu Braunschweig v. 9. Februar 1880 i. S. der Magdeburger Feuerversicherungsgesellschaft w. Holzberg wegen Versicherung. (D.)

176. Decretum Divi Marci*, nicht zu beziehen auf eigenmächtige Retention**.

*Vgl. Bd. 20 Nr. 8 u. d. dort. Nachw. — **Vgl. Bd. 31 Nr. 8 u. d. dort. Nachw.

Daß die privatrechtlichen Strafbestimmungen, welche im römischen Recht gegen unerlaubte Selbsthülfe erlassen und sowohl im canonischen Recht als in den Reichsgesetzen wiederholt anerkannt sind, als ein Theil des geltenden Rechts Anwendung gefunden, insbesondere keine Aufhebung durch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht erfahren haben, kann der richtigen Ansicht nach nicht bezweifelt werden und ist schon früher von dem hiesigen Gerichte mehrfach anerkannt (Seuffert Archiv Bd. 9 Nr. 158). Ob sie, wie Windscheid Pandekten 4. Aufl. § 123 annimmt, beseitigt seien durch den § 2 des Einführungsgesetzes zum deutschen Strafgesetzbuche vom 31. Mai 1870, darf hier unerörtert bleiben; denn auch bei der entgegengesetzten Ansicht kann der bezüglichen Einrede der Widerbeklagten nicht stattgegeben werden.

Das sog. decretum Divi Marci setzt voraus, daß der Gläubiger, um seiner Forderung wegen sich zu befriedigen oder sicher zu stellen, Sachen des Schuldners entweder eigenmächtig in seinen Besitz genommen oder durch eine dem Schuldner abgenöthigte Tradition in seine Hände bekommen habe. Dagegen fällt unter die ohnehin einer stricten Auslegung zu unterziehende Strafbestimmung nicht auch die thatsächliche Anmaßung eines bloßen, wenn auch unbegründeten, Retentionsrechts, wie solche nur in speciellen Fällen (const. 33 de loc. 4. 65; const. 10 unde vi 8. 4) ausnahmsweise mit besonderer Strafe bedroht ist (Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. 1 S. 424, Bd. 20 S. 39 f.).

Alles aber, was die Widerbeklagte dem Widerkläger wegen seines Verhaltens in Beziehung auf ihre Sachen vorgeworfen hat, kommt auf ein bloßes Vorenthalten und Zurückbehalten dieser Sachen hinaus; jedenfalls ist aus ihren Behauptungen mit irgend welcher Deutlichkeit nicht zu entnehmen, daß und in welcher Weise jener eine positive Besitzergreifungshandlung in der vorbezeichneten Absicht ausgeführt habe. . . .

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 20. Januar 1880 i. S. Jacke w. Köster. (W.)

177. **Keine Vermuthung für die Fortdauer des Lebens eines Verschollenen.**

Vgl. Bd. 31 Nr. 307 u. d. dort. Nachw.; Bd. 32 Nr. 327, 328; Bd. 33 Nr. 190.

. . . Kann hiernach die Entscheidung nur auf die Grundsätze des gemeinen Rechts gestützt werden, so muß man mit den früheren Richtern der Ansicht den Vorzug geben, daß die Todeserklärung eines Verschollenen nur die Bedeutung habe, daß er nach dem Tage der Todeserklärung nicht mehr lebe, während damit nicht festgestellt werde, daß er gerade am Tage der Todeserklärung gestorben sei, und durch dieselbe nicht entschieden werde, in welchem früher liegenden Zeitpuncte der Tod erfolgt sei, daher die Regel Platz greife, daß denjenigen die Beweislast treffe, welcher auf die Lebensdauer oder auf den Tod eines Menschen Ansprüche gründe. Aus allgemeinen Rechtsregeln läßt sich eine Präsumtion für die Fortdauer des Lebens eines Menschen nicht begründen, da das Leben ein rein thatsächlicher Zustand ist und das Vorhandensein von Thatsachen gesetzlich nicht vermuthet wird.

Heise u. Cropp juristische Abhandlungen Bd. 2 Nr. 4, 5; Sintenis Civilrecht Bd. 3 § 160 Not. 2; Mühlenbruch Pandecten 2. Aufl. § 186; Pfeiffer practische Ausführungen Bd. 4 S. 334; Seuffert Archiv Bd. 1 Nr. 160, Bd. 9 Nr. 49, 254, Bd. 12 Nr. 1, Bd. 15 Nr. 200.

Die entgegengesetzte, vorzugsweise von Bruns in den Jahrbüchern des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther Bd. 1 Nr. 5 vertheidigte Ansicht (s. auch Windscheid Pandecten Bd. 1 § 53 Not. 2) stützt sich lediglich auf ein historisch anders gestaltetes Gewohnheitsrecht

und auf die Ansicht älterer Rechtslehrer, welche zur Befriedigung eines practischen Bedürfnisses sich für die Präsumtion der Lebensdauer eines Menschen bis zu dessen Todeserklärung ausgesprochen haben. Wenn jedoch eine solche Präsumtion zu allen Zeiten von vielen Seiten Widerspruch gefunden hat und auch in der Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe Deutschlands, namentlich in neuerer Zeit, allgemeine Billigung keineswegs gefunden hat, so hat es bedenklich erscheinen müssen, ein dahin gehendes Gewohnheitsrecht, welches mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen im offenbaren Widerspruche steht, anzunehmen, und erscheint die Beweisauflage des ersten Richters gerechtfertigt.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 9. Februar 1880 i. S. Brinker und Genossen w. Brinker wegen Erbtheilung (lippesche Sache). (W.)

---

178. Haftung des Genossenschafters aus Wechselverbindlichkeiten des Genossenschaftsvorstands.

Vgl. Bd. 22 Nr. 255. (Auch Bd. 1 Nr. 314, 316; Bd. 20 Nr. 200.)

Durch das Accept eines Wechsels seitens des Vorstandes einer eingetragenen Genossenschaft wird nach Art. 81 der WO. zunächst die Genossenschaft als solche wechselmäßig verpflichtet. Ob daraus auch für die einzelnen Genossenschafter eine wechselmäßige Verhaftung entsteht, ist nicht durch Art. 81 bestimmt, sondern nach den Gesetzen über die Rechtsverhältnisse der Genossenschafter, namentlich nach § 12 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 zu entscheiden. Nach Abs. 1 dieses Paragraphen haften den Genossenschaftsgläubigern, soweit sie aus dem Genossenschaftsvermögen nicht befriedigt werden können, alle Genossenschafter für die Ausfälle solidarisch. Die Solidarhaft kann jedoch nur geltend gemacht werden, wenn im Falle des Concurses die Gläubiger ihre Forderungen im Concursverfahren angemeldet und verificirt haben, oder wenn die Eröffnung des Concurses nicht erfolgen kann. Die Verpflichtungen, welche die Genossenschafter aus einem Wechselaccepte des Vorstandes der Genossenschaft bekommen könnten, sind darnach jedenfalls ganz andere als die eines Wechselverpflichteten nach Art. 81 der WO. Würde der einzelne Genossenschafter durch das von dem Vorstande der Genossenschaft gegebene Accept als Acceptant verpflichtet, so könnte der Wechselinhaber bei Verfall des Wechsels sich sofort an jeden Genossenschafter wegen Zahlung der ganzen Wechselforderung halten; dies ist nach § 12 a. a. O. nicht zulässig. Daraus ergiebt sich, daß die Genossenschafter durch ein Wechselaccept des Vorstandes der Genossenschaft für ihre Person nicht als Acceptanten verpflichtet werden.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 12. Decbr. 1879 i. S. Goldstein w. Freitag. (St.)

---

179. Eine Genossenschaft kann nach § 39 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 die Auszahlung des Geschäftsantheils eines ausgetretenen Genossenschafters nur ablehnen, wenn sie binnen drei Monaten nach dem Ausscheiden ihre Auflösung beschließt und zur Liquidation schreitet*. Spätere Beschlüsse der Generalversammlung und Vermögensveränderungen sind für den Ausgeschiedenen unverbindlich.

*Vgl. Bd. 35 Nr. 94 u. d. dort. Nachw.

„Der Appell.-Richter stellt fest, daß der Stammantheil des Klägers, welchen dieser bei dem verklagten Verein erworben hatte, statutenmäßig ein Jahr nach dem am 1. April 1876 erfolgten Austritt des Klägers, also am 1. April 1877, fällig geworden war. Der Appell.-Richter weist aber trotzdem den Kläger mit seiner Klage auf Zahlung des Stammantheils nebst Verzugszinsen seit dem letztgenannten Tage ab, weil der beklagte Verein nach dem Fälligkeitstermine in Liquidation getreten ist. Mit Recht macht die Nichtigkeitsbeschwerde geltend, daß der Appell.-Richter dadurch den § 39 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 verletze. Im dritten Absatz dieses Paragraphen ist den Genossenschaften das Recht gegeben, sich durch Auflösung und Liquidation gegen die Verpflichtung zu schützen, an einen ausgetretenen Genossenschafter binnen 3 Monaten, bzw. binnen der statutenmäßig anders bestimmten Frist, den demselben gebührenden Geschäftsantheil auszuzahlen. Nach richtiger Auslegung dieser Gesetzesstelle ist die Ausübung dieses Rechts aber keine der Zeit nach unbeschränkte; unterbleibt sie bis zum Eintritt des gesetzlich oder statutenmäßig bestimmten Zahlungstermins, so kann der fällig gewordene Anspruch des ausgeschiedenen Genossenschafters nicht mehr dadurch abgewendet werden. Diese bereits in dem Erkenntnisse des ROHG. vom 8. Septbr. 1879[1]) vertretene Auffassung ergiebt sich aus der Erwägung, daß die in Rede stehende Gesetzesvorschrift eine Beschränkung der aus der Mitgliedschaft herzuleitenden Rechte enthält und deshalb einer engen Auslegung zu Gunsten des ausgetretenen Mitglieds unterliegen muß[2])."

In der Sache ist ausgeführt:

„Parteien sind darüber einverstanden, daß die Forderung des Klägers statutenmäßig am 1. April 1877 fällig geworden ist. Abgesehen von dem bereits erörterten Einwande der Liquidation hält sich aber der beklagte Verein deshalb nicht zur Zahlung verpflichtet, weil nach den Beschlüssen der Generalversammlungen von October 1877 und April 1878 beschlossen worden sei, die Stammguthaben zur Deckung des aus der Bilanz für den

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 35 Nr. 94.

[2]) Ebenso ist erkannt vom 1. Sen. des Reichsgerichts am 12. Novbr. 1879 (Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 1 S. 10 ff.).

31. Decbr. 1877 sich ergebenden Deficits abzuschreiben, eines Deficits welches bereits zu Anfang des Jahres 1877 vorhanden gewesen sei. Auch diese Einrede scheitert, abgesehen von anderen Zweifeln gegen deren Erhebbarkeit, an der erwähnten Bestimmung des Abs. 3 des cit. § 39. Die Genossenschaft kann sich gegen die Verpflichtung, einem ausgeschiedenen Genossenschafter den buchmäßigen Geschäftsantheil herauszuzahlen, nur durch den Beschluß der Auflösung und Liquidation schützen. Mit Rücksicht auf die am 1. April 1876 erfolgte Kündigung des Klägers war es die Bilanz für den 31. Decbr. 1876, an welche sich bezüglich der Frage, ob Zahlung, ob Liquidation, bis zum 1. April 1877 die Entscheidung knüpfen mußte. Alles Spätere ist für den Anspruch des Klägers ohne Bedeutung."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 7. Februar 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Hoffmann w. Jauer'schen Vorschußverein i. Liquid.

(Wek.)

---

180. Die Berechtigung an der Allmende ist durch Reihemannschaft bedingt.

Vgl. Bd. 2 Nr. 256; Bd. 7 Nr. 147; Bd. 10 Nr. 190; Bd. 19 Nr. 116; Bd. 35 Nr. 95.

Nachdem der Kläger von seinem Halbmeierhofe Nr. 2 zu R. durch den Kaufcontract vom 3. Septbr. 1878 die Hofesstelle nebst dem darauf befindlichen Wohngebäude und dem dazu eingefriedigten Areal an den Beklagten und andere Bestandtheile des Hofes anderweit veräußert und nur einzelne Bestandtheile des bisherigen Bauerhofes zur Zeit noch nicht veräußert hat, kann mit demjenigen, was von dem ehemaligen Halbmeierhofe dem Kläger noch verblieben ist, der Begriff eines Bauerhofes, einer Reihestelle, nicht verbunden werden. Nun ist nach Klägers eigenen Angaben die hier fragliche Gemeindeforst in der Weise entstanden, daß die 16 Reihestellbesitzer in R. bei der Verkoppelung und Theilung der Gemeinheit zum Zwecke einer gemeinschaftlichen Forst eine Fläche von etwa 460 Morgen sich reservirt haben und dieselbe nachbargleich benutzen. Es erhellt daraus, daß diese Gemeindeforst nicht etwa condominium jener 16 Reihestellbesitzer geworden, sondern daß bezüglich ihrer dasselbe rechtliche Verhältniß Fortbestand gehabt hat, welches bis dahin für die Allmende des Dorfes R. bestanden hat. Nach der ursprünglichen Gestaltung derartiger Allmendeverhältnisse war aber regelmäßig die Berechtigung an der Allmende durch die Reihemannschaft bedingt. Wenn eine spätere Rechtsentwicklung in manchen Gegenden germanischen Rechts Abweichungen von diesem Princip zugelassen hat, so können doch solche Abweichungen für das Fürstenthum Lüneburg keineswegs als feststehend angenommen werden.

Hiernach hat der Kläger, indem er nunmehr aufgehört hat, Besitzer einer Reihestelle zu sein, die Befugniß verloren, Rechte geltend zu machen

elche eben nur den Reihestellbesitzern zustehen. Ihm mangelt zu der ange-
llten Klage die Legitimation.

Urtheil des OLG. zu Celle (1. Sen.) v. 18. Decbr. 1879 i. S. Buch-
holz w. Hagemann. (W.)

---

181. Besitzstörungsklage gegen eine Gemeinde.

Vgl. Bd. 6 Nr. 136; Bd. 34 Nr. 88 nebst Nachw.

Wegen einer vom Magistrat der Stadt H. angeordneten Entfernung
nes dem S. gehörenden Wasserleitungsrohrs erhob H. gegen die Stadt-
emeinde H. Klage, Wiederherstellung des vorigen Zustandes und Unter-
gung weiterer Störung u. s. w. beantragend. Die Klage wurde abge-
iesen und die deshalb eingelegte Berufung verworfen, u. A. deshalb, weil
s aus dem angeblich eigenmächtigen Vorgehen des Magistrats der Stadt
. geschaffene Rechtsverhältniß zwischen S. und dem Thäter eine obligatio
: delicto begründe, die Stadtgemeinde H. als juristische Person aber eine
erlaubte Handlung nicht begehen könne, und daher eine etwa vorliegende
erlaubte Handlung nicht von der Stadtgemeinde H., sondern von den
selbe ausführenden Personen zu verantworten sei. Diese Rechtsansicht
rde in oberster Instanz für irrig erachtet aus folgenden Gründen:

Es kann dahingestellt bleiben, ob die in den Rechtsquellen selbst nicht
sdrücklich sanctionirte Ansicht Seuffert's (Pand. § 411), daß den Rechts-
itteln gegen Besitzstörungen eine obligatio ex delicto zu Grunde liege,
htig sei oder nicht; denn da es sich im vorliegenden Falle um ein civil-
htliches Verhältniß handelt, können die Grundsätze über strafrechtliche
rantwortlichkeit nicht zur Anwendung gebracht werden, selbst wenn es
h um eine oblig. ex delicto vel quasi delicto handeln sollte.

Ist die Stadtgemeinde H. in civilrechtlicher Beziehung als juristische
rson anzuerkennen, so hat das Civilrecht in seinem ganzen Umfange auf
selbe Anwendung zu finden und kann es nicht angehen, die ganze Lehre
n dem Schutz im Besitze gegenüber einer Gemeinde als unanwendbar
d den in seinem Besitze Gestörten der Rechtsmittel der Interdicte bloß
shalb für verlustig zu erklären, weil eine juristische und nicht eine physische
rson sich der Störung schuldig gemacht hat.

Darauf, daß für derartige Besitzstörungen nicht die Gemeinde, sondern
e die solche Störungen ausführenden Personen verantwortlich gemacht
rden könnten, ist zu bemerken, daß ebenso gut wie die Gemeinde durch
e Stellvertreter Besitzhandlungen vorzunehmen befähigt ist, dieselbe auch
von ihren Stellvertretern ausgeübten, civilrechtlich unerlaubten Störungen
nden Besitzes zu vertreten hat, und daß der durch eine gemeindliche Anordnung
) Verfügung in seinem Besitze gestörte Eigenthümer wohl in den meisten
len einer wirksamen Rechtshülfe beraubt würde, wenn er mit seiner Klage

gegen diejenigen auftreten müßte, welche direct die besitzstörenden Handlungen vornahmen, da dieselben oftmals gar nicht in der Lage wären, den im Auftrage der Gemeinde gestörten und geänderten früheren Zustand wieder herzustellen.

Erk. des obersten LG. f. Bayern v. 16. Januar 1880. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 45 S. 88 ff. (X.)

---

182. Unterschied zwischen „höherer Gewalt" und „Zufall" (§ 1 des Reichshaftpflichtgesetzes).

Vgl. Bd. 24 Nr. 266 nebst Nachw.; Bd. 28 Nr. 56, 57; Bd. 30 Nr. 147.

Der noch nicht 6jährige Sohn des Klägers war von der Pferdebahn übergefahren worden und hatte dadurch einen Arm verloren. Kläger verlangte von der Pferdebahn-Gesellschaft Entschädigung für die verminderte Erwerbsfähigkeit seines Sohnes, und diese Klage ward als Klage auf Anerkennung der demnächstigen Verbindlichkeit der Beklagten zur Entschädigung für die Zeit des erwerbsfähigen Alters des Kindes zugelassen. — Beklagte berief sich u. A. auf eigenes Verschulden des Kindes, welches trotz aller Vorsichtsmaßregeln beim Betriebe der Bahn in der Aufregung eines Spiels mit anderen Kindern zwischen die Pferde gesprungen und dadurch verunglückt sei, sowie event. auf hierin liegende höhere Gewalt. Mit dem letztgedachten Einwand ward sie in den beiden ersten Instanzen gehört, in höchster Instanz jedoch aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Nach dem klaren Wortlaute der Vorschrift im § 1 (des Reichshaftpflichtgesetzes) haftet, wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist. Der letztere Satz enthält nicht bloß eine processualische, sondern eine wesentlich materiell-rechtliche Bestimmung; er bezeichnet die einzigen Beschränkungen, welche die im vorhergehenden Satze principiell unbeschränkt ausgesprochene Haftpflicht der Eisenbahn-Betriebsunternehmer ausschließen und verhält sich daher zu der im ersten Satze ausgesprochenen Haftpflicht wie die Ausnahme zur Regel.

Die Verbindlichkeit zum Schadensersatze für Tödtungen und Körperverletzungen ist nicht als eine obligatio quasi ex delicto, sondern als eine obligatio ex lege zu betrachten[1]). Indem das Gesetz die Schadensersatzpflicht nur in Bezug auf den durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden verursachten Unfall verneint, stellt es zugleich die Haftung für de

[1]) Vgl. Bd. 30 Nr. 147.

casus oder Zufall fest. Höhere Gewalt bezeichnet im Unterschiede von Zufall ein äußeres, durch elementare Naturkräfte, die schädigende Wirkung von Naturereignissen, oder durch Menschenkräfte, die Handlungen dritter Personen, herbeigeführtes Ereigniß, welches den Unfall verursacht hat und dessen schädigende Wirkung nach der allgemeinen Verkehrsanschauung durch geeignete Vorkehrungen zu vermeiden unmöglich ist. Die Unmöglichkeit der Abwendung des Unfalls muß eine objective sein; eine bloß subjective, in der Person des Betriebsunternehmers liegende Unmöglichkeit läuft auf einen Zufall, einen casus, hinaus und befreit den Betriebsunternehmer nicht von seiner Haftverbindlichkeit. Gesetzt auch daß, wie die Vorinstanz ausführt, der Unfall selbst weder durch Vorsichtsmaßregeln, welche nach der allgemeinen Verkehrsanschauung von der Beklagten in Bezug auf die Ueberwachung des Bahntractes zu üben sind, noch durch die Thätigkeit der den betr. Pferdebahnwagen begleitenden Angestellten der Beklagten bei Anwendung aller Diligenz hätte abgewendet werden können, so würde dies doch, noch abgesehen von der nicht zweifellosen Richtigkeit der gemachten Voraussetzung, nur die subjective Unmöglichkeit der Abwendung des Unfalls, nicht aber die Existenz einer höheren Gewalt, eines äußeren Ereignisses, welches unabwendbar den Unfall verursacht hat, darthun. Die höhere Gewalt kann nicht das Kind selbst, nicht sein eigenes Verhalten sein. Die Ausführungen der vorigen Instanz führen nur zur Annahme eines Zufalls, casus, dessen Vorhandensein die Beklagte als Betriebsunternehmerin von der in § 1 principiell unbeschränkt anerkannten Haftpflicht nicht befreien würde."

Erk. des Reichsgerichts zu Leipzig (3. Sen.) v. 2. Decbr. 1879 (Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1880 S. 163).

---

183. Longa manu traditio.

Vgl. Bd. 34 Nr. 13 u. d. dort. Nachw. unter **.

„Zur traditio longa manu wird gefordert, daß dem Käufer der Kaufgegenstand wenigstens von der Ferne vorgezeigt wird, damit er denselben in jedem Augenblick ergreifen kann und ihm hierdurch möglich wird, seine Herrschaft über den Kaufgegenstand geltend zu machen (fr. 18 § 2 de adq. vel amitt. poss. 41. 2; fr. 79 de solut. 46. 3; Glück Commentar Bd. 8 Nr. 98, 99; Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 37 S. 253; Seuffert Pand. § 108 Not. 7). Eine solche Tradition kann aber dann nicht angenommen werden, wenn die Kaufgegenstände, als sie zum Besitz überwiesen wurden, gar nicht sichtbar waren."

Erk. des obersten LG. f. Bayern v. 17. Novbr. 1879. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 45 S. 36. (X.)

184. Das interd. uti possid. erfordert weder guten Glauben des Klägers noch bösen Glauben des Beklagten.

Vgl. Bd. 7 Nr. 41; Bd. 12 Nr. 33; auch Bd. 22 Nr. 146.

In Betreff der bona fides bestehen bei Streitigkeiten wegen Besitzstörung nur darüber Controversen, ob guter Glaube bloß bei dem speciellen Interdicte de aqua, oder auch bei den übrigen speciellen Interdicten gefordert werden müsse (vgl. Savigny Recht des Besitzes 6. Aufl. § 44 Not. 1; Holzschuher Theorie und Kasuistik Bd. 2 Kap. 1 § 7 zu Ziff. 4). Allein abgesehen davon, daß die Aufstellung dieses Erfordernisses immer nur in der Richtung auf denjenigen gemacht wird, welcher sich auf seinen bisherigen Besitzstand beruft (Savigny a. a. O. § 46 S. 598), so erstreckt sich jene Zweifelsfrage als solche keinenfalls weiter als auf die speciellen Interdicte; bei dem allgemeinen Rechtsmittel des interdictum uti possidetis aber wird das Vorhandensein einer bona fides als ein auf die Entscheidung dieser Besitzstörungsklage wesentlichen Einfluß äußernder Umstand nicht betrachtet. Wesentlich für die Begründung des Rechts auf das eben erwähnte Interdict ist vielmehr nur die possessio des Klägers und die mit dem Factum der Turbation verbundene Anmaßung. Das Vorhandensein einer bösen Absicht oder einer Arglist des Beklagten wird zur Begründung des vom Kläger geltend gemachten Rechts auf Schutz im Besitze nicht erfordert (vgl. Seuffert Pandekten § 412; Puchta Pandekten 9. Aufl. § 133; Savigny a. a. O. S. 472, 477—79; Bruns Recht d. Besitzes S. 39, 46—49, 53).

Erk. des obersten LG. f. Bayern v. 16. Decbr. 1879. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 45 S. 72, 73. (X.)

---

185. Unvordenkliche Verjährung; Unterbrechung des zu beweisenden Zustandes.

Vgl. Bd. 11 Nr. 12; Bd. 23 Nr. 208, 209; Bd 31 Nr. 12, 112, 309; Bd. 33 Nr. 198.

Die Gemeinde H. hatte gegen F. Klage erhoben auf Anerkennung ihres Eigenthums an einer Grundfläche, welche derselbe im Jahre 1873 durch Hinausrücken seines Gartenzaunes zu seinem Hausgarten gezogen hatte. Sie gründete ihr Eigenthum auf unvordenkliche Verjährung, und diese wurde auch vom Berufungsgericht als erwiesen festgestellt.

In der Nichtigkeitsbeschwerde bestritt der Beklagte, daß die Voraussetzungen des Eigenthumserwerbes durch unvordenkliche Verjährung gegeben seien, indem das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen festgestellt habe, daß bis zum Jahre 1837 die klagende Gemeinde ungestört im Besitze der streitigen Fläche gewesen und daß von diesem Jahre an nach und nach

beklagterseits begonnen sei, diese Fläche zum beklagtischen Grundbesitze hinzuzuziehen, bis dann im Jahre 1873 die ganze streitige Fläche von dem Beklagten durch Hinausrücken des Zaunes an seine jetzige Stelle in Besitz genommen wäre. Hiernach sei durch die Zeugen die Dauer des zu beweisenden Zustandes seit einem Menschenalter auf Grund eigener Wahrnehmung nicht bestätigt, was gesetzliche Voraussetzung für Annahme der unvordenklichen Verjährung bilde.

In den Motiven des die Nichtigkeitsbeschwerde verwerfenden oberstrichterlichen Urtheils ist gesagt:

Das Berufungsgericht hat thatsächlich festgestellt, daß die klagende Gemeinde durch ... Besitzhandlungen ihre Eigenthumsrechte bis zu der ersten im Jahre 1873 vorgekommenen Störung ausgeübt habe. Bis zu diesem Zeitpuncte ist demzufolge der Beweis der (unvordenklichen) Dauer des Zustandes als erbracht angenommen. Nicht im Widerspruch damit steht die an anderer Stelle der Entscheidungsgründe sich findende Bemerkung, daß schon seit dem Jahre 1837 beklagterseits eine allmähliche Vorrückung der Grenze gegen die streitige Fläche hin begonnen habe. Denn hierin liegt zunächst keine die Unterbrechung des zu beweisenden Zustandes begründende Störung des Besitzes; diese könnte nur dann angenommen werden, wenn der Verjährende durch solche Störung von der Rechtsausübung sich hätte abhalten lassen, was jedoch nach der Feststellung des Berufungsgerichts nicht der Fall war (vgl. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. 2 S. 25). Auch wenn der Beklagte neben den bis zum Jahre 1873 als erwiesen angenommenen Besitzhandlungen der klagenden Partei solche gleichfalls ausgeübt hat, liegt gleichwohl eine Unterbrechung des unvordenklichen Besitzes hierin nicht, indem eben nur ein Mitbesitz des Beklagten gefolgert werden könnte, welcher den Besitz der Klägerin nicht nothwendig ausschließt.

Abgesehen hiervon würde, selbst wenn richtig wäre, daß durch das angefochtene Urtheil das Aufhören der Besitzausübung seitens der klagenden Gemeinde in Folge allmählich fortschreitender Ausdehnung der beklagtischen Besitzausübung nach und nach — dieser entsprechend — festgestellt worden, solches Aufhören dem Verjährenden nicht schaden; denn das Berufungsgericht hat als Ergebniß des Beweisverfahrens angenommen, daß schon zur Zeit, als diese Eingriffe durch den Beklagten und dessen Vorfahren begannen, der Besitz der klagenden Gemeinde ein unvordenklicher gewesen sei. In solchem Falle schadet aber das Aufhören jenes Zustandes in letzter Zeit nicht (vgl. Pfeiffer a. a. O.). Die Eingriffe des Beklagten in das Eigenthum der Klagpartei bilden die die Klage veranlassende Verletzung. Das Vorhandensein der zur Begründung dieses Klagerechtes erforderlichen thatsächlichen Bedingungen — hier der Unvordenklichkeit des behaupteten Zustandes — muß für den Zeitpunct der eingetretenen Verletzung, nicht

für den der Beweisführung, dargethan werden (vgl. Seuffert Archiv Bd. 23 Nr. 208).

Hierzu kommt im gegebenen Falle die Erwägung, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Zeugen diese allmähliche Ansichnahme der streitigen Fläche durch den Beklagten bestätigt haben, woraus sich ergiebt, daß der Anfang und die Fortsetzung dieser Thätigkeit des Beklagten im Bewußtsein der Zeugen die rechtswidrige Aenderung eines Zustandes bildet, welcher von ihnen als seit Menschengedenken bestehend bekundet wurde. Die unvordenkliche Zeit beruht, wie Savigny definirt (System des R. R. Bd. 4 S. 517), auf dem Bewußtsein von zwei Menschenaltern. Wenn nun, wie erörtert, das Bewußtsein der jetzt Lebenden durch die Handlungen des Gegners des Verjährenden nicht alterirt wird, so wird auch durch dieselben nicht eine Lücke in den zu erweisenden Wahrnehmungen der jetzt lebenden Generation bewirkt, wie Nichtigkeitskläger darzuthun bestrebt ist. Die geltend gemachte Verletzung der Rechtsgrundsätze über unvordenkliche Verjährung ist sonach nicht gegeben.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 30. Januar 1880. HV. Nr. 5346.

(v. L.)

---

186. Anwendung der Grundsätze vom alveus derelictus auf künstlich trocken gelegte Flußbette.

Vgl. Bd. 1 Nr. 2; Bd. 9 Nr. 8; Bd. 11 Nr. 16 Z. 2; Bd. 13 Nr. 208, 309; Bd. 24 Nr. 189; Bd. 26 Nr. 221; Bd. 27 Nr. 206 c.

Nach einer von der Staatsbehörde durchgeführten Trockenlegung und Kanalisirung des Armes eines öffentlichen Flusses (innerhalb der Stadt Braunschweig) entstand ein Rechtsstreit zwischen den ostwärts angrenzenden Grundbesitzern, welche das halbe Flußbett nach den Bestimmungen des römischen Rechts für sich in Anspruch nahmen, und dem Fiscus, welcher über das ganze Flußbett bereits für sich disponirt hatte. Die Entscheidung der letzten (Revisions-)Instanz fiel zu Gunsten der Anlieger aus. Aus den Gründen:

. . . „Die Annahme eines fiscalischen Eigenthums (sog. Staats**privat**eigenthums) an den öffentlichen Flüssen, insbesondere auch mit der Folge, daß die römisch-rechtlichen Grundsätze über die Alluvion, die Flußinsel und das verlassene Flußbett zu Gunsten des Staatseigenthums außer Kraft gesetzt worden seien, kann, wo nicht particularrechtlich ein Anderes bestimmt ist (wie es insbesondere hinsichtlich der Fluß**inseln** nicht selten vorkommt), als gegenwärtig so gut wie aufgegeben angesehen werden. . . .

S. Schwab im Beilageheft zu Bd. 30 des Archivs f. d. civilist. Praxis S. 29 ff.; Wappäus z. Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen S. 76 ff., bes. S. 84; Hesse in Ihering's Jahrb. Bd. 7 S. 294 ff.; Henrici ebend. Bd. 13 S. 57

Not. 1; Ihering vermischte Schriften Bd. 3 S. 144 ff.; Gerber d. PR. §§ 63, 99; Stobbe d. PR. Bd. 1 § 64 S. 435 ff., bes. S. 437 Not. 11 u. S. 439; Windscheid Pand. § 146 Not. 11; Seuffert Archiv Bd. 9 Nr. 8, Bd. 13 Nr. 309, Bd. 22 Nr. 212, Bd. 24 Nr. 189, Bd. 26 Nr. 221, Bd. 30 Nr. 114 unter 1.

ch Burchardi in seiner Monographie über diese Frage (Hauser tschrift f. Reichs- u. Landesrecht Bd. 1 S. 97 ff.), obwohl von einem Eigenm des Staats an den öffentlichen Sachen und insbesondere am Flußt ausgehend, dem gegenüber die obigen Grundsätze als ein positives onderrecht erscheinen sollen (S. 107 ff.), erkennt an, daß dieses Sonderht durch das deutsche Recht nicht abgeändert und gemeinrechtlich noch Geltung sei (S. 124 ff.). Particularrechtliche Bestimmungen der anführten Art existirten bis auf die neueste Zeit im Herzogthum Braunweig nicht". . . (Es wird ausgeführt, daß die vorhandenen Bestimmungen ch Alles eher als auf ein fiscalisches Eigenthum am Flußbette schließen ßen, und dann fortgefahren:)

„Daß nun nach römischem Recht das dauernd verlassene Flußbett den iderseitigen Anliegern je bis zur Mittellinie zufällt, ist an und für sich cht streitig:

§§ 23. 24 Inst de R. D. 2. 1; fr. 7 §§ 4, 5, 6, fr. 30 § 1, 2, fr. 38. fr. 56 § 1 de A. R. D. 41. 1; fr. 1 § 7 de flumin. 43. 12; const. 1 de alluv. 7. 41.

oraussetzung dieses Satzes ist zwar die Oeffentlichkeit des gewesenen lusses:

fr. 1 § 4 de flumin. 43. 12; fr. 12 pr. de A. R. D. 41. 1; fr. 24 § 3 de aqua et aquae pluv. arc. 39. 3;

klein daß der betr. sog. Mauerngraben, als ein Arm der Oker, welcher ch dann die Natur eines öffentlichen Flusses nicht verlieren würde, wenn n Bett künstlich angelegt worden wäre (fr. 1 § 8 de flumin. 43. 12), — daß das „naturalis" alveus im § 23 cit. und fr. 7 § 5 cit. einen anen Gegensatz haben muß — zu den öffentlichen Flüssen gehört hat, ist einigen früheren Processen mit gutem Grunde angenommen und von n Beklagten im gegenwärtigen Processe nicht weiter in Zweifel gezogen. gleich die Mehrzahl der Stellen sodann nicht von einem vollständigen chwinden des Flusses, sondern von dem Falle spricht, wenn der als cher bestehen bleibende Fluß beim Verlassen des Bettes sich ein anderes hlt, so ist doch nie daran gezweifelt worden, daß das Flußbett eines rzlich, z. B. durch Versiegen der Quellen, verschwindenden Flusses unter nselben Grundsätzen steht (s. z. B. Schmid Handb. des gegenwärtig lenden gem. deutschen bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 131). Auch ist das iccare in fr. 30 § 1 de A. R. D. 41. 1 ohne Zweifel von einem Falle derer Art zu verstehen.

Erheblicher ist denn allerdings der Einwand, daß es sich hier um e künstliche Trockenlegung des Flußbettes handle, für welche das

römische Recht keine Bestimmung enthalte und auf welche dessen Vorschriften über den alveus derelictus deshalb keine Anwendung finden könnten. Ersteres ist zuzugeben, Letzteres jedoch nicht.

Es ist richtig, daß die angeführten Gesetzesstellen des Falles, wenn die Veränderung des Flußbettes Folge menschlicher Veranstaltungen ist, nicht besonders erwähnen; denn auch die wohl dafür angeführte const. 1 de alluv. 7. 41 führt nicht mit Nothwendigkeit zu der Annahme, daß die im Verlaufe derselben erwähnten Veränderungen am Flußbette eine Folge der im Eingange erwähnten Uferbauten gewesen sind. Der Beklagte meint auch, die betr. Grundsätze könnten schon deshalb nicht auf diesen Fall ausgedehnt werden, weil den Römern dergleichen Veränderungen an öffentlichen Flüssen, insbesondere also künstliche Trockenlegungen, unbekannt gewesen seien. Allein dies muß mit den Vorinstanzen als höchst unwahrscheinlich angesehen werden. Freilich mögen solche Maßregeln, theils wegen der Erschwerung, der dieselben in Folge des ausgedehnten Schutzes unterlagen, welchen die Flußinterdicte im Interesse des allgemeinen Gebrauchs oder speciell der Anlieger dem bestehenden Zustande gaben, theils weil in dem, abgesehen von Oberitalien, meist wasserarmen Italien und bei dem verhältnißmäßig warmen Klima eher die Vermehrung der Wasserzüge als deren Verringerung im allgemeinen Interesse lag, seltener als bei uns gewesen sein; doch kann nicht wohl eingesehen werden, warum z. B. Correctionsbauten, namentlich zum Schutze der Ufer, welche const. 1 cit. de alluv. und fr. un. de ripa munienda 43. 15 zum Gegenstande haben, insbesondere bei größeren Flüssen eine allmähliche Zuschwemmung oder endliche Trockenlegung von Theilen eines Flußbettes nicht schon damals sollten zur Folge gehabt haben, wie sie sie jetzt haben (vgl. Westerkamp im Neuen Magazin f. hannov. Recht Bd. 5 S. 183 ff.). Kannten die Römer aber dergleichen Veranstaltungen und deren mit den auf natürlichem Wege entstehenden Alluvionen ꝛc. identischen Folgen, so führen allgemeine Auslegungsregeln ohne Zweifel dahin, die keinen Unterschied machenden Gesetze auch auf Fälle künstlicher Veränderungen zu erstrecken. Jedenfalls muß eine analoge Anwendung dann ganz unbedenklich erscheinen, wenn die Natur der Sache für gleiches Recht in beiden Fällen herangezogen werden kann. Diese aber drängt unabweislich dahin, die in der Regel schmalen Streifen eines trocken gewordenen Flußbettes, das überdies schon wegen der bedeutenden Culturkosten nur ausnahmsweise, wie etwa innerhalb einer Stadt, einen erheblichen Vermögenswerth repräsentiren wird, den beiderseitigen Anliegern zuzusprechen, theils weil diese am ehesten im Stande sind, dasselbe im Zusammenhange mit ihren Grundstücken nutzbar zu verwerthen, theils weil durch die Einschiebung eines dritten Besitzers zwischen die Grundstücke der Anlieger den Letzteren häufig nicht unerhebliche Inconvenienzen entstehen würden. Diese Natur der Sache erklärt es, ohne

daß man ein dominium dormiens der Anlieger oder den Satz: ubi incommodum, ibi commodum (fr. 10 de R. I. 50. 17) zur Hülfe zu nehmen oder endlich auf ein Entschädigungsrecht der bisherigen Flußanlieger bezüglich der entzogenen Wassernutzung zu recurriren nöthig hätte, denn auch, daß die Römer weder an ein fiscalisches Eigenthum noch, was doch so nahe gelegen hätte, daran gedacht haben, den alveus derelictus als Compensationsobject für diejenigen zu betrachten, deren Land dadurch, daß der Fluß in Folge von Naturereignissen sich statt des ursprünglichen ein neues Bett wählte, zu einer ihrer Verfügung entzogenen res publica wurde. Im Wesentlichen trifft diese Rücksicht aber auch bei durch Menschenwerk trocken gelegten Flußbetten zu, was eben so wenig eines Beweises bedarf, als daß es für das Verhältniß des Fiscus zu einem trocken gelegten Flußbette an und für sich gleichgültig ist, ob der öffentliche Fluß von selbst oder in Folge von künstlichen Veranstaltungen aufgehört hat zu existiren. Nur das ist zuzugeben, daß in dem letztern Falle der Unternehmer einer Flußveränderung (also auch der Fiscus, wenn er der Unternehmer ist) deshalb, weil er die Kosten trägt, eine billige Berücksichtigung bei der Vertheilung des trocken gelegten Flußbettes zumal dann verdienen mag, wenn das Unternehmen lediglich im öffentlichen Interesse ausgeführt wird und die Aneignung theils für ihn möglich und nützlich ist, theils wesentliche Benachtheiligungen der Anlieger nicht mit sich bringt. Auch hat diese Rücksicht auf den Unternehmer in manche deutschen Particularrechte Eingang gefunden; doch ergiebt die Zusammenstellung, welche Brückner in Hirth's Annalen für das deutsche Reich 1877 Nr. 1 über das Wasserrecht gegeben hat, eine sehr große Verschiedenheit, indem nur in wenigen Ländern das künstlich trocken gelegte Flußbett ohne Weiteres oder doch gegen Entschädigung der Anlieger dem Unternehmer zufällt (a. a. O. S. 19, 44, 60), während es anderwärts den Gemeinden (die es indessen gegen Erstattung des Werthes an die Anlieger abzutreten gehalten sind — S. 38, 53) oder endlich auch ausschließlich den Anliegern (S. 55) zugesprochen wird. . . . Eine Bevorzugung des Fiscus als solchen scheint sich nirgends zu finden; in der Regel entscheidet der Plan des Unternehmers, bei dessen Feststellung mehr oder weniger Garantien für alle Betheiligte, unter ihnen auch die Anlieger, gegeben werden.

Wie dem aber auch sein mag, aus diesen und ähnlichen Gründen hat die gemeinrechtliche Praxis sowohl hinsichtlich der eigentlichen Alluvionen als insbesondere hinsichtlich des verlassenen Flußbettes den von dem Beklagten aufgestellten Unterschied zu verwerfen kein Bedenken getragen, und zwar zum Theil selbst in solchen Fällen, in denen die künstlichen Anlagen, welche die Veränderung herbeigeführt oder bei ihr mitgewirkt hatten, vom Staate selbst errichtet worden waren:

j. *Wernher* Obs. Tom. V obs. 137; Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1849 S. 164;

Seuffert Archiv Bd. 13 Nr. 309, Bd. 24 Nr. 189; Zeitschrift f. hannov. Recht Bd. 1 S. 59;

auch die wenigen Schriftsteller, welche sich mit dieser besonderen Frage beschäftigt haben, sind dieser Ansicht beigetreten:

s. Westerkamp im Neuen Magazin f. hannov. Recht Bd. 5 S. 196 ff; Hesse in Ihering's Jahrb. Bd. 7 S. 199 f.

Nur ein Stuttgarter Erkenntniß steht auf dem entgegengesetzten Standpuncte (Seuffert Archiv Bd. 13 Nr. 208). Indessen ist die darin enthaltene Annahme, daß, wenn der Fluß in Folge künstlicher Anlegung eines neuen Bettes das alte verlassen habe, und zwar, wie es scheint nur in diesem Falle, der angeblich deutsch-rechtliche Satz zur Anwendung zu bringen sei, wonach der Grund und Boden eines öffentlichen Flusses im Eigenthum des Staates sich befinde, eine durchaus willkürliche, wie denn auch — wenigstens nach dem a. a. O. enthaltenen Referate zu urtheilen — eine Begründung derselben nicht einmal versucht ist."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 26. Januar 1880 i. S. Balke u. Cons. w. das herzogl. Finanzcollegium zu Braunschweig wegen Eigenthumsverletzung. (D.)

---

187. Die actio negatoria erfordert Absichtlichkeit der störenden Handlung, aber nicht Anmaßung eines Rechts dazu.

Vgl. Bd. 8 Nr. 94; Bd. 10 Nr. 18; Bd. 15 Nr. 101; Bd. 16 Nr. 11; Bd. 21 Nr. 17, 210, Bd. 28 Nr. 12; Bd. 31 Nr. 115, 311; Bd. 33 Nr. 5, 203; Bd. 34 Nr. 99.

Der Gastwirth Z. hat im Frühjahr 1878 am Rande seines Waldes über 20 Fichten und Föhren fällen lassen, welche er auf die anstoßenden Grundstücke des Bauern E. stürzen, dort lagern und aufarbeiten, nicht minder auch das gesammte Holz über des Letzteren Grund abfahren ließ. Dieser verlangte deshalb mit der actio negatoria Ausspruch dahin, daß dem Beklagten Z. kein Recht der Fahrt über das klägerische Grundstück zustehe, derselbe die Freiheit von einer Dienstbarkeit anzuerkennen und sich jeder weiteren Störung zu enthalten, endlich den angerichteten Schaden zu ersetzen habe. — Der Beklagte gab diese Behauptungen des Klägers als richtig zu, bemerkte jedoch, daß er diese Handlungen nur vorgenommen habe, weil er in anderer Weise wegen der örtlichen Lage nicht habe handeln können, von der nachbarlichen Gesinnung des Klägers dessen Genehmigung vorausgesetzt und sogar ausdrücklich vor dem Gemeindeausschuß erklärt habe, daß er ein Fahrtrecht nicht beanspruche, auch nicht mehr fahren werde. Hiernach sei die gestellte Klage nicht begründet. — Die beiden Instanzgerichte erkannten jedoch den Klagebitten entsprechend, und die dagegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde verworfen. Aus den Gründen:

Die actio negatoria ist eine Eigenthumsklage und unterscheidet sich der Vindication nicht dem Klaggrunde, sondern nur der Veranlassung), indem die letztere eine totale, die erstere dagegen eine partielle Ver- ung des Eigenthums voraussetzt (vgl. Windscheid § 198.) Die Negatorien- ge dient daher zum Schutze des Eigenthums in allen Fällen der Ver- ung desselben außer dem Falle der Besitzentsetzung, und kommt es hierbei r auf den Umfang, keineswegs auf den Grund der Verletzung an.

Die Handlungen des Beklagten enthalten einen flagranten Eingriff in r Eigenthumssphäre seines Nachbarn; es ist völlig gleichgültig, aus dchem Grunde dieser Eingriff erfolgte und ob allenfalls derselbe in der gegebenen Richtung eine Servitut in Anspruch nimmt oder nicht.

Seuffert Archiv Bd. 33 Nr. 203; Windscheid Pand. § 198 Not. 7; Sintenis Civilrecht 3. Aufl. Bd. 1 S. 539 Nr. 2.

er Beklagte kann sich auch keineswegs mit der Einrede schützen, daß das klägerische Recht nicht beeinträchtigen wollte, und sich keine Servitut maße. Allerdings muß die betreffende Handlung absichtlich geschehen in, und kann dann, wenn für solche Absicht jeder Anhaltspunct fehlt der der betreffende Eingriff als rein zufällig erscheint, ein genügender laß zur Stellung der Negatorienklage nicht gefunden werden (Seuffert rchiv Bd. 31 Nr. 115, 311 u. Bd. 33 Nr. 203). Allein im gegebenen alle kann nicht außer Acht gelassen werden, daß nach den Feststellungen er Instanzgerichte die den Eingriff enthaltenden Handlungen von dem eklagten beabsichtigt gewesen und daß nach Lage der Sache Wiederholungen erselben zu besorgen sind, demnach auch von einer allenfallsigen vorüber- henden Störung keine Rede sein kann, die nach Umständen des Falls e Statthaftigkeit der Negatorienklage ausschließe. Aus diesem Grunde cheint die Erklärung des Beklagten, daß er sich kein Servitutrecht maße, bedeutungslos.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 14. Novbr. 1879. HV. Nr. 5170. (v. L.)

---

88. Servitut des Wasserbezugs aus einer Cisterne: Erforderniß einer causa perpetua.

Vgl. Bd. 26 Nr. 109.

Auf einer Wiese des S. befindet sich ein cisternenartiges Behältniß, welchem sich Wasser sammelt. B. nahm das Recht in Anspruch, aus em Behältniß das für sein Anwesen nöthige Wasser zu schöpfen. Es te sich u. A., ob dieser Anspruch deshalb unbegründet sei, weil das in m Behältnisse sich ansammelnde Wasser nicht einer lebendigen Quelle

entspringe, sondern Grund- und Regenwasser sei. In den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen heißt es:

Nach röm. Recht solle allerdings jeder Prädialservitut eine sog. causa perpetua zu Grunde liegen, d. h. es werde vorausgesetzt, daß die Ausübung der Servitut eine fortdauernde Grundlage habe; es müsse der Sache, wenn sie dienstbar sein solle, eine nachhaltige Fähigkeit dazu innewohnen, für sich selbst dasjenige zu leisten, wofür sie gebraucht werden solle. Allein gerade in dem zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde benutzten fr. 28 de servit. praed. rust. 8. 2 sei speciell das Regenwasser als eine hinreichende und perennis causa bezeichnet (at quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex *naturali* tamen causa fit et *ideo perpetuo* fieri existimatur) und das Gleiche müsse wohl auch hinsichtlich der ebenfalls auf einer causa naturalis beruhenden Perpetuirlichkeit des sog. Grundwassers gelten. Die Beschwerde sei daher selbst dann unbegründet, wenn man auch die mit den heutigen Bedürfnissen städtischer und ländlicher Bewohner bezüglich der Benutzung und Belastung nachbarlicher Immobilien nicht immer vereinbarlichen strengeren Grundsätze des röm. Rechts hinsichtlich dessen, was als causa perpetua gelten könne, in allen Fällen noch aufrecht erhalten wissen wollte (vgl. Windscheid Pand. § 209 Not. 8, 4. Aufl. S. 663).

Erk. des obersten LG. f. Bayern v. 29. Decbr. 1879. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 45 S. 73 ff. (X.)

---

189. Cession der Ausübung eines Nießbrauchs; Wirkung gegen Dritte.

Vgl. Bd. 20 Nr. 222.

Der Appell.-Richter hat angenommen, daß die Urkunde vom 27. Juni 187[illegible] eine Uebertragung des der Wittwe H. zustehenden Nießbrauchs seiner Ausübung nach auf den Kläger enthalte. Diese thatsächliche Feststellung ist von der Nichtigkeitsklage nicht angefochten, vielmehr nur bemängelt worden, daß dem Uebertragungsacte eine auch gegen Dritte wirkende Rechtsfolge beigelegt wurde. Allein dem Appell.-Richter muß Recht gegeben werden, daß er davon ausging, dem Kläger sei durch die fragliche Uebertragung nicht bloß ein obligatorisches, lediglich der Wittwe H. gegenüber geltend zu machendes Recht erwachsen. Wer einem Anderen die Ausübung seines Nießbrauchs einräumt, gestattet ihm, daß er dieses Recht in seinem ganzen Umfange zum eigenen Vortheil ausübe. Der Cessionar des Usufructs kann nicht nur die betreffenden Nutzungen ziehen, sondern er darf auch der Rechtsmittel sich bedienen, welche zum Schutze der abgetretenen Berechtigung gegeben sind. Darin liegt, daß der Cessionar eines Nießbrauchs das ihm cedirte Recht sowohl seinem Cedenten als auch dritten Personen gegenüber zur Geltung bringen kann. Diese Consequenz ist in der rechtlichen Natur der Verhältnisse begründet und von den Rechtsquellen unzweideutig anerkannt:

11 § 2 de pign. 20. 1; vgl. Windscheid Pandekten § 205 Not. 4; Arndts Pandekten § 179 Ziff. 3.

Mit dem von der Nichtigkeitsklage bemängelten Satze hat also der II.-Richter keinen unrichtigen Rechtssatz aufgestellt, er hat ihm aber in Absicht auf den concreten Fall keine falsche Anwendung gegeben. der Nießbrauch der Wittwe H. am 27. Juni 1878 in der bemerkten e auf den Kläger übergegangen, so standen die Nutzungen desselben von n Zeitpuncte an der Wittwe H. nicht mehr zu, sie konnten also auch als ein ihr gehöriges Activum zu Gunsten ihrer Gläubiger sequestrirt gepfändet werden. Da eine Sequestration und Pfändung nach jenem punct gleichwohl noch zu Gunsten der Beklagten erfolgt ist, muß dem er als dem dermaligen Inhaber des Nießbrauchs verstattet sein, sein res Recht auf die fraglichen Nutzungen mittels der gegenwärtigen Klage Geltung zu bringen.

rk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 6. April 1880 in der preuß. (hessischen) Sache Speier w. Hühn. (St.)

---

1. Zur Servitutenersitzung ist das Wissen des Herrn des praedium riens nicht erforderlich*. Wirkung einer Erweiterung der Servitutausübung nach Ablauf der Ersitzungszeit.

*Vgl. Bd. 34 Nr. 19 u. d. dort. Nachw. unter **.

Gegen die Klage auf Unterlassung des Stauens schützte Beklagter die rede der Ersitzung des Staurechts vor. Die Besitzhandlungen des Beten bestanden in einer Erhöhung des vorhandenen Stauwehrs durch setzen eines Bretts. In 2. Instanz ward die Einrede für bewiesen htet. Kläger erhob Nichtigkeitsbeschwerde. Das höchste Gericht sprach aus: „Nichtigkeitskläger erachtet den Nachweis eines Wissens des Eigenmers der dienenden Sache von den angeblichen Besitzhandlungen . . . erforderlich.

Nach fr. 10 pr. si serv. vind. 8. 5 hat der Ersitzende lediglich darum, daß die Ausübung der Dienstbarkeit während der Ersitzungszeit r gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise erfolgt sei; allein daraus t nicht, daß der Gegner von der Ausübung derselben auch wirklich ntniß gehabt haben müßte; denn nicht auf das Stillschweigen und die ms zu schließende Einwilligung des serviens, sondern auf die Thatder lange Zeit hindurch fortgesetzten Ausübung der Servitut bet sich für die Folgezeit der Schutz des bisherigen Zustandes. Die übung kann den Character der Heimlichkeit und doch der Gegner davon e haben, und umgekehrt ein ganz offenes Verfahren von ihm unkt bleiben (vgl. Seuffert Erörterungen ꝛc. Abth. II S. 64). Daß

zur offenen Ausübung der Dienstbarkeit nicht auch die Kenntniß des Gegners gehört, geht unwiderleglich aus const. 12 i. f. de praescr. l. t. 7. 33 hervor, welche Gesetzesstelle die Rücksicht auf Wissen oder Nichtwissen desjenigen, gegen welchen verjährt wird, ausdrücklich verwirft.

Wenn Nichtigkeitskläger noch einwendet, daß zur Ersitzung einer Servitut eine gleichmäßige ununterbrochene Ausübung erfordert werde, und eine erwiesene Ungleichmäßigkeit darin findet, daß der Beklagte eine andere Stauvorrichtung als seine Besitzvorfahren angewendet habe, so kommt dagegen zu erinnern, daß im gegebenen Falle die Benutzung des Wassers durch den Beklagten so, wie sie demselben vom Zweitrichter im beschränkten Maße zuerkannt wurde, bereits von dessen Besitzvorfahren durch Ersitzung erworben worden war, und daß in der von dem Beklagten bethätigten Erhöhung seines Wehrs nur eine unzulässige Erweiterung seines auf ihn übergegangenen Rechts in Bezug auf Wasserbenutzung, nicht aber ein Aufgeben des letzteren gefunden werden kann."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 28. Februar 1880. HV. Nr. 5407 (v. L.)

---

191. Bedeutung der Rechtsregel: „tantum praescriptum, quantum possessum" bei der Ersitzung von (Wege-) Servituten*. — Besitzmängel sind vom Eigenthümer des dienenden Grundstücks zu beweisen. — Die Ersitzung wird unterbrochen durch außergerichtlichen Widerspruch des Eigenthümers des dienenden Grundstücks***.**

*Vgl. Bd. 12 Nr. 249; Bd. 13 Nr. 236; Bd. 17 Nr. 11, 12; Bd. 23 Nr. 16, 113 nebst Nachw., 215; Bd. 27 Nr. 97; Bd. 31 Nr. 206; Bd. 33 Nr. 290; Bd. 34 Nr. 243 nebst Nachw. — **Vgl. Bd. 28 Nr. 16 nebst Nachw.; Bd. 31 Nr. 208. — ***Vgl. Bd. 4 Nr. 15, Bd. 6 Nr. 154; Bd. 10 Nr. 235; Bd. 15 Nr. 207; Bd. 17 Nr. 13; Bd. 23 Nr. 17; Bd. 24 Nr. 107; Bd. 26 Nr. 223; Bd. 31 Nr. 315; Bd. 35 Nr. 102.

Beklagter hat das Recht, über des Klägers Wiese im Sommer und Herbst Heu und Grummet zu fahren; er behauptet, auch zu Düngerfuhren berechtigt zu sein, was Kläger bestreitet. Beklagter will letzteres Recht durch Ausübung seit 1864 (bis 1877) ersessen haben, und die Instanzgerichte halten den Beweis solcher Ausübung seit 1867 für erbracht; da aber ferner feststeht, daß Kläger dem Beklagten im Jahr 1874, als er ihn beim Ueberfahren betraf, die fernere Ausübung der Dungfahrten untersagt hat und der Appell.-Richter hierin, obgleich der Beklagte dies Verbot nicht beachtet sondern jene Fahrten fortgesetzt hat, eine Unterbrechung der Ersitzung befand, so ist dem Kläger noch ein Reinigungseid darüber auferlegt worden, daß der Verjährungsbesitz des Beklagten nicht bereits im Jahr 1864 begonnen habe. — Die vom Beklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde aus nachfolgenden Gründen verworfen:

Mit Unrecht rügt Beklagter zunächst Verletzung der Grundsätze über die Beweislast.

Bei dem Erwerbe einer Dienstbarkeit durch Ersitzung richtet sich der Umfang des Rechts nach der thatsächlichen Ausübung innerhalb der Verjährungszeit, und es kann namentlich aus der Benutzung eines Weges für einen bestimmten Zweck und zu einer bestimmten Zeit nicht schlechthin gefolgert werden, daß dessen Gebrauch für andere Zwecke und zu anderen Zeiten, so weit es immer die Cultur und natürliche Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks mit sich bringe, gestattet sei. Es muß daher derjenige, welcher eine Wegegerechtigkeit durch Ersitzung in einem weiteren Umfang erworben haben will als der Eigenthümer des dienenden Grundstücks zugesteht, den Nachweis dieses Rechts wenigstens insoweit führen, als nicht dessen Inhalt gesetzlich geregelt ist. — Im vorliegenden Fall ist in dem Recht, Heu- und Grummetfahrten im Sommer und Herbst zu Gunsten des herrschenden Grundstücks vorzunehmen, die Befugniß, Düngerfuhren im Winter und Frühjahr über letzteres zu führen, um so weniger enthalten, als Dienstbarkeiten nicht erschwert werden dürfen (fr. 20 § 5 de serv. pr. urb. 8. 2), Düngerfahrten aber offensichtlich eine Mehrbelastung des dienenden Grundstücks mit sich bringen. Dem steht das vom Imploranten als verletzt bezeichnete fr. 9 de servit. 8. 1 nicht entgegen, da diese Gesetzesstelle nur von dem Fall redet, wenn Jemandem die Dienstbarkeit des Fahrweges durch Vertrag oder letztwillige Verfügung „ohne genauere Bestimmung" bestellt worden ist; dann soll das Fahrtrecht ohne Einschränkung, d. h. über jeden Theil des dienenden Grundstücks ausgeübt werden dürfen. Es wird also hier des Erwerbes eines Fahrtrechts durch Ersitzung sowenig wie der Ausdehnung desselben auf andere Culturzwecke gedacht. Allerdings ist, wenn der Beweis des Umfangs des Fahrtrechts gefordert wird, dies nicht so zu verstehen, daß der Besitzer des herrschenden Grundstücks zum Nachweis der Ersitzung für jeden einzelnen Fall, in welchem die Benutzung des Weges nöthig wird, besondere Besitzhandlungen darlegen müßte; es hängt vielmehr der Umfang der Dienstbarkeit jedes Mal von der Beschaffenheit dieser Besitzhandlungen, überhaupt von den Umständen ab. . . .

Imploranten sucht endlich jene Rüge durch Bezugnahme auf fr. 10 pr. si serv. vind. 8. 5, const. 1 de serv. et aqua 3. 34 zu rechtfertigen. Soweit diese Stellen hierher gehören, schreiben sie vor, daß derjenige, welcher die confessorische Klage anstelle, darthun müsse, daß er die Verjährungszeit hindurch die Servitut weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise ausgeübt habe; sie sprechen also ihrem Wortlaut nach gerade gegen den Imploranten. Indeß kann nach allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast, mit denen die angeführten Gesetze nach richtiger Auslegung nicht in Widerspruch stehen, nur verlangt werden, daß die vom Ersitzenden im Rechtsstreit nachgewiesenen Besitzhandlungen nicht als gewaltthätige, heim-

liche oder bittweiſe ausgeübte erſcheinen, ſo zwar, daß der Beweis des Vorhandenſeins dieſer Beſitzfehler vom Gegner im Gegen- oder Einrede beweiſe zu erbringen iſt. . . . In der That geht auch die vorige Inſtanz davon aus, daß der poſitive Beweis vorhandener Beſitzmängel dem Gegner desjenigen obliege, welcher ſich auf die Erſitzung der Dienſtbarkeit berufe.

Materiell greift Implorant das Erkenntniß des AG. an, weil daſſelbe die fr. 1 § ult., fr. 2 u. 6 de itin. actuque priv. 43. 19, const. 2 de serv. et aqua 3. 34, ſowie den dahin formulirten Rechtsſatz verletze: „daß durch eine unwirkſame Unterſagung der Ausübung der Servitut weder deren Beſitz aufgehoben, noch deren Erwerb durch Verjährung unterbrochen werde". Nun iſt es zwar unter den Rechtslehrern und in der Rechtſprechung der Gerichte beſtritten, ob ein bloßer außergerichtlicher Widerſpruch gegen die Ausübung einer angeſprochenen Dienſtbarkeit, ſei es überhaupt, ſei es insbeſondere dann, wenn der Eigenthümer des herrſchenden Grundſtücks ſich ſelber durch Fortſetzung der Beſitzhandlung unter den Augen des Widerſprechenden ſchützt, den Verjährungsbeſitz unterbreche. Der bejahenden Anſicht iſt jedoch der Vorzug zu geben. Es liegt kein innerer Grund vor, die Begriffsbeſtimmung der Gewalt (vis), wie ſolche in den Geſetzen, z. B. fr. 1 § 4—9, fr. 20 § 1 quod vi aut clam 43. 24, bei der auf Wiederherſtellung des früheren gewaltſam oder heimlich geſtörten Zuſtandes eines Grundſtücks gerichteten Klage (dem interd. quod vi) gegeben wird, auf dieſes Interdict zu beſchränken oder gar anzunehmen, daß die Gewalt (vis) bei der Servitutenerſitzung eine andere Bedeutung habe als bei jenem Interdict. Auch wird das Unterſagen des Gebrauchs einer Waſſerleitung als zur Unterbrechung der Erſitzung dieſer Servitut dienlich gerade in der von dem Imploranten angezogenen const. 2 de serv. et aqua 3. 34 aufgeführt. Dazu kommt, daß ſich derjenige, welcher des eingelegten Widerſpruchs ungeachtet die Ausübung der Servitut fortſetzt, zwar in deren Beſitz ſich ſchützt, daß aber dieſer Beſitz immerhin ein fehlerhafter bleibt und deshalb nicht zum Erwerb der Dienſtbarkeit durch Erſitzung führen kann. Es iſt daher ganz nach den Grundſätzen des gemeinen (röm.) Rechts über das zum Schutz im Beſitz einer Wegegerechtigkeit eingeführte Rechtsmittel (das interd. de itinere actuque privato), insbeſondere nach fr. 1 § 12, fr. 2, 6 de itin. actuque priv. 43. 19 zu unterſcheiden, ob die Erſitzung der Dienſtbarkeit ſchon vollendet war, als der Einſpruch erfolgte, oder ob dieſe Störung in der Ausübung der Servitut noch in die zehnjährige Erſitzungszeit fällt. . . .

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 13. Januar 1880 in einer Sache aus dem Bezirk des Juſtizſen. Ehrenbreitſtein. Entſcheidungen des RG. Bd. 1 S. 101.

192. Der zum Rechtserwerb durch Ersitzung erforderte gute Glaube wird nicht begründet durch Ausübung einer Fahrt als Nothfahrt.

*Vgl. Bd. 29 Nr. 211; Bd. 22 Nr. 219; Bd. 29 Nr. 219 u. d. dort. Nachw.; Bd. 34 Nr. 96, 282.

Bei Prüfung der von dem Beklagten vorgebrachten Einrede des Erwerbes des ihm bestrittenen Fahrtrechts durch Verjährung hatten die Instanzgerichte nach dem Ergebniß des Beweisverfahrens festgestellt, daß die Besitzhandlungen des Beklagten mit dem Besitzfehler des precarium behaftet und deshalb nicht geeignet seien, den behaupteten Rechtserwerb zu begründen.

In der Nichtigkeitsbeschwerde machte der Beklagte geltend, daß die Unmöglichkeit einer anderen Fahrtnahme in ihm die Ueberzeugung, kein materielles Unrecht zu begehen, begründet, er also in gutem Glauben gehandelt habe. Dieser Nichtigkeitsgrund wurde mit folgender Motivirung zurückgewiesen:

Der behauptete Zustand mag den Besitzer des fahrtbedürftigen Grundstücks wohl veranlassen, gegen Leistung einer angemessenen Entschädigung von seinem Grundnachbarn die Bestellung einer Nothfahrt zu verlangen und nöthigenfalls auf dem Wege richterlicher Hülfe zu erzwingen; dagegen kann er ohne vorherige Bestellung einer Nothfahrt aus dem Grunde des Nothstandes allein keine Fahrgerechtigkeit über das nachbarliche Grundstück beanspruchen; und so wie in diesem Falle der nicht entschädigte Grundnachbar nicht verpflichtet ist, die nur aus gutem Willen gewährte Fahrt als ein unwiderrufliches Recht anzuerkennen, so ist auch der Besitzer des fahrtbedürftigen Grundstücks nicht berechtigt, die ihm nur precär gestattete Fahrtnahme als Rechtsausübung anzusehen. Sieht er wegen des Nothstandes seine precären Besitzhandlungen gleichwohl als Rechtsausübung an, so befindet er sich nicht in einem factischen Irrthum, sondern in unentschuldbarem Rechtsirrthum, der ihm nicht zum guten Glauben verhelfen kann (fr. 9 § 2 de iuris etc. 22. 6).

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 14. Novbr. 1879. HV. Nr. 5138.

(v. L.)

---

193. Voraussetzung für den Anspruch des mit der actio hyp. belangten Pfandbesitzers auf Abtretung der iura nominis.

Vgl. Bd. 3 Nr. 159; Bd. 34 Nr. 293.

Das vom Appell.-Richter angezogene fr. 19 qui pot. in pign. 20. 4 gewährt dem Pfandbesitzer das Recht, die Abtretung der iura nominis zu fordern nur unter der Bedingung „si offerat", d. h. wenn er dem Gläubiger die volle Befriedigung anbietet. Dem steht aber keineswegs der Fall gleich, wenn der Besitzer das Grundstück zur Versteigerung behufs

Befriedigung des Pfandgläubigers abtritt; denn hier bleibt es vorerst völlig ungewiß, bis zu welchem Betrage seiner Forderung der Gläubiger Zahlung erlange. Reicht der künftige Erlös nur zu theilweiser Befriedigung hin, so hat zunächst er für den Rest seines Guthabens die Klage nicht nur gegen den Hauptschuldner, sondern auch gegen die übrigen Besitzer von Pfandobjecten; einem Gläubiger, dem vollständige Zahlung weder angeboten wird, noch in sicherer Aussicht steht, kann aber die Cession seiner Forderung nicht angesonnen werden; deshalb wird auch von anderen Gesetzen, welche von der erzwingbaren Cession handeln, die Befriedigung des Gläubigers vorausgesetzt. Vgl. fr. 32 § 5 de don. inter V. et U. 24. 1 (ut parata satisfacere mulier haberet doli exceptionem); const. 7 de O. et A. 4. 10 u. a.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 4. Novbr. 1879 in der preuß. (nassauischen) Sache Maaß w. Pabstmann. (St.)

---

194. Der Verkauf des Faustpfands auf Antrag des Pfandgläubigers wird nicht gehindert durch den demselben angezeigten Eigenthumsübergang des Pfandes an einen Dritten.

C. hatte der B. im Mai 1864 für eine Darlehnsschuld von 625 fl. Effecten zum Nennwerth von 1480 fl. in Pfand gegeben. Am 1. Septbr. s. J. trat er das Eigenthum an diesen Effecten sammt den hierauf bezüglichen ihm gegen die B. zustehenden Rechten an A. ab und gab der B. hiervon am 19. Novbr. s. J. Kenntniß. — Später, im Jahr 1871, klagte A. gegen die B. auf Herausgabe der Effecten gegen Entgegennahme der durch sie gesicherten C.'schen Darlehnssumme nebst Zinsen; die B. wendete aber ein, daß sie gegen den säumigen C. schon im Jahr 1866 auf Rückzahlung des Darlehns geklagt, ein verurtheilendes Erkenntniß erstritten und letzteres durch executive Pfändung und Verkauf der fraglichen Effecten habe vollstrecken lassen, indeß aus dem Erlös von 300 fl. noch nicht einmal voll gedeckt sei. Kläger bestritt, daß Beklagte die Execution auf die, wie ihr bekannt, inzwischen von ihm zu eigen erworbenen Effecten habe richten dürfen, und meinte, daß sie überhaupt die Klage hätte gegen ihn richten müssen. — Seine Klage ward in allen drei Instanzen abgewiesen. In der Revisionsinstanz wurde ausgesprochen:

Es kann von einer offenbaren Ungerechtigkeit im vorliegenden Falle nicht die Rede sein, wenn erwogen wird, daß der Kläger als Rechtsnehmer des Schuldners C. von der Beklagten die Zurückgabe der ihr vom Letzteren für ein erhaltenes Darlehn verpfändeten Fahrnisse (oder die Zahlung deren Werthes) verlangt, ohne bewiesen oder doch wenigstens behauptet zu haben, daß eine Assignation überhaupt stattgefunden, daß die Beklagte in

die Assignation eingewilligt und ihn an Stelle des Assignanten C. als ihren Schuldner angenommen habe, weil nur in diesem letztern Falle die Beklagte ihre Forderung an den Assignanten nicht mehr stellen könnte, sondern sich hierwegen an den Kläger als Assignaten hätte halten müssen (§ 1401 österr. a. b. GB.). Lag aber eine vollständige Assignation nicht in Mitte, so mußte die Beklagte noch immer den C. als ihren Personalschuldner betrachten, und der Umstand allein, daß sie von der Cession schon am 19. Novbr. 1864 Kenntniß erhielt, hat sie durchaus nicht behindern können, später gegen C. auf Zahlung zu klagen und die Befriedigung ihrer Forderung aus dem bestellten Pfand zu suchen (§§ 461 u. 466 a. b. GB.). Denn das Pfandrecht ist ein dingliches Recht, welches ohne Rücksicht auf den Wechsel in der Person des Pfandeigenthümers ausgeübt wird, und der Wechsel des Eigenthümers hatte hier nur die Folge, daß der nach Befriedigung der Forderung etwa verbliebene Rest des Licitationserlöses nicht an den früheren, sondern an den dermaligen Eigenthümer auszufolgen wäre. . . . Wohl wäre das Klagbegehren auch ohne Assignation, jedoch nur in dem Falle gerechtfertigt, wenn der Kläger dargethan hätte, daß er noch zur rechten Zeit, nämlich noch vor dem Verkaufe der Pfandstücke, der Beklagten die volle Zahlung ihrer gebührenden Forderung angeboten, Letztere aber solche anzunehmen verweigert habe. Denn in diesem Falle hätte die Beklagte bei dem vorhandenen und ihr bekannten Einverständniß des Schuldners C. vom Kläger die angebotene Zahlung annehmen und nach der durch Tilgung der Schuld erfolgten Erlöschung des Pfandrechts dem Kläger die Pfandstücke als deren ausgewiesenem Eigenthümer zurückstellen, oder falls sie ungeachtet dessen ohne gesetzlichen Grund die Pfandstücke hätte executiv veräußern lassen, dem Kläger deren nachgewiesenen Werth ersetzen müssen (§§ 469, 1422, 1295 a. b. GB.). Allein dieses wurde vom Kläger nicht dargethan. Hieraus ergiebt sich, daß die Zurückgabe der bereits executiv verkauften Gegenstände oder der Ersatz deren Werthes jetzt nicht mehr gefordert werden kann.

Erk. des obersten Gerichtshofs zu Wien v. 19. Decbr. 1878. Allg. österr. Ger.-Ztg. Jahrg. 1880 S. 91.

---

195. Erfüllung der Obligation durch Geldleistung an Stelle bedungener Naturalleistungen.

Die Eheleute L. hatten sich durch Vertrag verpflichtet, dem bresthaften Georg F. die tägliche Tischkost, nothwendige Kleidung und Wohnung zu gewähren. Wie die Klage des Georg F. geltend macht, sind sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, haben dem Kläger die Kost nicht mehr gereicht und durch üble Behandlung ihn gezwungen, das Haus zu verlassen.

Kläger verlangt deshalb von den L.'schen Eheleuten für die von ihnen zu fordernden Naturalleistungen eine Geldentschädigung im Anschlage von 300 M. — Nach durchgeführtem Beweisverfahren, welches die Wahrheit der Behauptungen des Klägers ergab: daß die Beklagten ihm fortgesetzt und längere Zeit hindurch ungenügende Kost verabreichten, ihn beschimpften und sonst übel behandelten — erkannte das AG. den Klagebitten entsprechend.

Die gegen diese Entscheidung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom obersten LG. verworfen, und ist in den Gründen bemerkt:

Die Beklagten finden sich unter Bezugnahme auf die Bestimmung der fr. 26, 27 de iure dot. 23. 3 und die Rechtsgrundsätze über Leistung des Interesse hauptsächlich dadurch beschwert, daß sie zu einer Geldleistung statt der Naturalleistungen verurtheilt wurden. Eine solche Verurtheilung soll nur dann zulässig sein, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrages mit den stipulirten Naturalleistungen durch Verschulden des Pflichtigen herbeigeführt worden sei; solche Unmöglichkeit sei jedoch durch das Berufungsgericht nicht festgestellt. — Allein durch die Feststellungen des Berufungsgerichts — wonach der Kläger die ihm gebührende Verpflegung in ungenügender Weise unter Beschimpfung und übler Behandlung erhalten habe und sich nicht annehmen lasse, es werde hierin eine Aenderung eintreten — ist zwar keine Unmöglichkeit der Naturalleistung, wohl aber ein vertragswidriges, schuldhaftes Verhalten der Kläger in Erfüllung ihrer bedungenen Verpflichtungen festgestellt. Von einer Unmöglichkeit der Leistung in natura kann auch nur dann gesprochen werden, wenn der Schuldner eine individuell bestimmte Sache zu leisten hat (fr. 1 § 47 depos. 16. 3; fr. 35 § 4 de contr. emt. 18. 1). Die Forderung des Interesse ist aber auch nicht an die verschuldete Unmöglichkeit der Naturalleistung des Schuldners gebunden; es genügt hierzu das Verschulden desselben, das in der Nichterfüllung oder in der nicht gehörigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit bestehen kann. Da in der fortgesetzten Verweigerung oder wenigstens mangelhaften Erfüllung der den Beklagten vertragsmäßig obliegenden Pflicht der Alimentirung des Klägers ein absichtliches und arglistiges Verhalten derselben festgestellt ist, so kann der Kläger, um das, was ihm gebührt, aber von den Beklagten beharrlich verweigert wird, sich selbst zu verschaffen, statt der Naturalleistung das Interesse in einem Geldäquivalent verlangen, wenn dies nach den Umständen nothwendig ist. Ob solche Umstände vorliegen, hat der Richter nach Recht und Billigkeit zu prüfen.

Soweit sich die Beschwerde insbesondere gegen die Verurtheilung zur Interesseleistung für die Zukunft wendet, so muß noch hervorgehoben werden, daß, wenn auch die Alimentenleistung in mehrere Theile zerfällt, die einzelnen täglichen Leistungen doch nur aus einer Obligation entspringen und die stattgehabten mangelhaften Leistungen die ganze Obligation berühren, und daß das arglistige dauernde Zuwiderhandeln gegen dieselbe

das Abgehen von der Naturalleistung und den Uebergang zur Leistung des Interesse in Geld rechtfertigt (vgl. Seuffert Archiv Bd. 21 Nr. 148). Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 13. Februar 1880. HV. Nr. 5308. (v. L.)

---

196. Rechtliche Wirksamkeit vertragsmäßiger Beschränkung der Gewerbefreiheit.

Vgl. Bd. 35 Nr. 106 nebst Nachw.

Der Beklagte hatte sich dem Kläger gegenüber verpflichtet, demselben innerhalb eines noch nicht abgelaufenen Zeitraums von 10 Jahren in kleinen Eisen-, Stahl- und Messingwaaren nach Belgien keine Concurrenz zu machen, „weder direct noch indirect, weder als Inhaber eines eigenen Geschäfts noch auch für ein anderes Geschäft". Kläger verlangt die Conventionalstrafe von 1000 Thlr., welche auf die Verletzung dieser Verpflichtung gesetzt war. Der Anspruch wurde für begründet erachtet. In den Gründen heißt es:

„Dem Appell.-Richter ist darin beizupflichten, daß die mitgetheilte Vertragsbestimmung nicht verstößt gegen das im § 1 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 aufgestellte Princip der Gewerbefreiheit. Zur Widerlegung der entgegengesetzten, vom ersten Richter als Abweisungsgrund aufgestellten Ansicht genügt es, auf die Ausführung zu verweisen, welche Bd. 80 S. 1 ff. der Sammlung der Entsch. d. preuß. Obertribunals in Anlaß des Plenarbeschlusses vom 9. Juli 1877 [1]) abgedruckt ist." [2])

Ausgeführt ist dann, daß schon durch die Uebertretung der Vertragsbestimmung in Betreff eines einzelnen Artikels (Holzschrauben) die Conventionalstrafe verwirkt werde, und daß es unerheblich sei, wenn Beklagter, wie er behaupte, an der durch die Empfehlung eines andern Kaufmanns und Fabrikanten ausgeübten, unstatthaften Concurrenz kein Vermögensinteresse gehabt habe.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 7. Februar 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Schulte w. Lange. (Wck.)

---

197. Das Nichtvorhandensein einer Realservitut, welche der Käufer eines Guts voraussetzte, berechtigt diesen nicht zur Klage aus dem ädilit. Edict oder auf Gewährleistung gegen den Verkäufer.

Vgl. Bd. 16 Nr. 104. — Bd. 28 Nr. 24.

Durch Vertrag vom 10. Januar 1870 hatten die Eheleute F. das Anwesen der Handelsleute B. und L. tauschweise erworben. Bei diesem

[1]) Es ist dieses der der Entscheidung Bd. 34 Nr. 105 dieses Archivs zu Grunde liegende Plenarbeschluß.

[2]) In gleichem Sinne hat der 2. Sen. des Reichsgerichts in einem Erkenntniß vom 5. Decbr. 1879 (vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 1 S. 22) entschieden.

Anwesen befand sich zur Zeit des Vertragsschlusses ein Brunnen mit laufendem Wasser, welcher durch eine über das Grundstück des Müllers N. führende hölzerne Leitung aus dem sog. Mühlbache gespeist wurde. Im Jahr 1876 erhob N. gegen die Eheleute F. Klage mit der Behauptung, diese Wasserleitung sei deren Gutsvorfahren nur aus Gefälligkeit in jederzeit widerruflicher Weise gestattet worden, weshalb dieselben die Freiheit seiner Wiese von der beanspruchten Wasserleitung anzuerkennen schuldig seien und sich bei Strafe jeden weiteren Eingriffes zu enthalten hätten. In Folge dieser Klage verkündeten die Eheleute F. den Handelsleuten B. und L. den Streit und erhoben gleichzeitig gegen sie Gewährschaftsklage, indem sie behaupteten, daß, wenn die Wasserleitung zu dem in ihrem Anwesen schon zur Zeit des Tausches vorhandenen Brunnen wirklich nur auf einem precarium beruhe, was ihnen von ihren Tauschgebern nicht mitgetheilt worden, diese zur Leistung des Interesse verpflichtet seien.

Diese Gewährschaftsklage wurde durch Urtheil der 2. Instanz abgewiesen und die hiergegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. In den Gründen ist bemerkt:

Der Nichtigkeitskläger spreche in seiner Beschwerdebegründung von den Eigenschaften der verkauften Sache und zugleich von deren Bestandtheilen, insbesondere solchen, welche mit dem Gute im wesentlichen Zusammenhange ständen, und mache geltend, daß die Verkäufer ihn über die in dieser Richtung bestehenden Mängel hätten aufklären sollen, und weil sie dies unterlassen, hierfür Entschädigung zu leisten hätten. Eigenschaften und Bestandtheile einer Sache seien jedoch wesentlich verschieden. Während wegen Eviction, Entziehung von Bestandtheilen auf Grund eines Rechtsmangels, mit der Vertragsklage auf Ersatz des Interesse geklagt werden könne, dürfe wegen thatsächlicher Mängel der Kauf- oder Tauschsache nur dann das Interesse begehrt werden, wenn, was nicht behauptet sei, die Abwesenheit der Mängel bedungen oder dieselben arglistig verschwiegen worden seien. Für Mängel, welche der Verkäufer nicht gekannt, könne nicht das Interesse, sondern nur Herabsetzung des Kaufpreises oder Zurücknahme der Sache mit den ädilitischen Klagen oder auch nach fr. 13 § 1 de A. E. V. 19. 1 mit der Vertragsklage gefordert werden; — hierauf sei die Klage nicht gerichtet; übrigens würde auch das Nichtvorhandensein einer Realservitut, welche der Käufer bei dem Erwerbe eines Grundstücks als diesem zuständig voraussetzte, keinen nach den Grundsätzen des ädilitischen Edicts vom Verkäufer zu vertretenden Fehler bilden (fr. 169 de verb. sign. 50. 16; Seuffert Archiv Bd. 16 Nr. 104.)

Das Recht der Wasserleitung zu dem Anwesen des Beschwerdeführers über das Grundstück des Müllers N., also durch fremden Grund, bilde aber auch keinen Bestandtheil des eingetauschten Anwesens, sondern eine Dienstbarkeit von diesem. Wenn die Deicheln, welche in fremdem Grunde

gelegt seien, auch mit den im Hofraum des Beschwerdeführers liegenden Deicheln und der Brunnensäule in Zusammenhang ständen, so werde die mit den ersteren Deicheln geübte Realservitut doch noch nicht zu einem Theil des Hofraums, der nothwendigerweise mit dem Anwesen erworben worden wäre, weshalb auch nicht geltend gemacht werden könne, daß die fragliche Wasserleitungsservitut einen Gegenstand bilde, von dem sich als selbstverständlich habe voraussetzen lassen, daß er mitverkauft sei. Die in der Nichtigkeitsbeschwerde hierfür angeführten fr. 47—49 de contr. emt. 18. 1 sprächen nur davon, daß die Röhren, Deicheln, auch wenn sie außer dem Hause liegen, auf den Käufer übergehen, wenn man für das Grundstück eine Wasserleitung schuldig sei, und daß dies auch der Fall sei, wenngleich das ius aquae auf den Käufer, weil es verloren gegangen, nicht übergehe, indem die Deicheln gleichsam einen Theil des Hauses bildeten, „quasi pars aedium ad emtorem perveniant". Hieraus lasse sich also der selbstverständliche nothwendige Uebergang der Deicheln mit der Wasserleitung, nicht aber des Wasserleitungsrechts mit dem Anwesen folgern. Letzteres sei nur der Fall, wenn ein specielles Recht hierauf bestehe, „si aquaeductus praedio debeatur". Damit, daß die Wasserleitung durch fremden Grund rechtlich als Theil des eingetauschten Anwesens zu betrachten sei, könne also die Beschwerde nicht begründet werden.

Der Käufer könne, wenn eine nicht speciell bedungene Dienstbarkeit mit dem erkauften Grundstück verbunden und er dieselbe in einem Rechtsstreit, wie hier, verliere, nicht gegen den Verkäufer wegen Eviction klagen, was deutlich ausgesprochen sei in fr. 75 de ev. et dupl. stip. 21. 2, fr. 90 u. 169 de verb. sign. 50. 16. — Nach diesen unzweideutigen gesetzlichen Vorschriften könne Kläger, selbst wenn er eine vorzügliche Beschaffenheit des erkauften Anwesens erwarten zu können glaubte, doch nicht verlangen, daß dasselbe mit einer Wasserleitungsdienstbarkeit versehen sei, und wegen Mangels dieses Rechts nicht auf Gewährschaftleistung klagen, weil er selbst nicht zu behaupten vermöge, daß ihm ein solches Recht über das Grundstück des Müllers N. mitverkauft worden sei, daß dasselbe einen Gegenstand des dictum et promissum gebildet habe. Nur über Rechte, welche mitverkauft worden, habe der Veräußernde die erforderlichen Aufklärungen zu geben. Da ein Wasserleitungsrecht nicht mitverkauft worden, so habe auch keine Verpflichtung für den Verkäufer bestanden, in dieser Beziehung unaufgefordert Aufklärung zu geben. Von einer rechtswidrigen Verheimlichung würde nur gegenüber einer Forderung um Aufklärung und einer falschen Mittheilung die Rede sein können. Hierauf sei die Klage nicht gerichtet.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 8. Novbr. 1879. HV. Nr. 5105.

(v. L.)

198. Anspruch auf Conventionalstrafe und daneben auf Vertragserfüllung.

Vgl. Bd. 27 Nr. 221 u. d. dort. Nachw.

. . . „Die Cumulation der Klage auf Erfüllung mit der Klage auf Bezahlung der für den Fall der Nichterfüllung gelobten Conventionalstrafe würde unstatthaft gewesen sein, weil von der Regel, nach welcher eine Conventionalstrafe nicht neben der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit gefordert werden kann, sondern dem Gläubiger nur die Wahl zusteht, die letztere oder die erstere zu fordern:

s. v. Savigny Obligat.-Recht Bd. 2 S. 277 f.; Windscheid Pand. Bd. 2 § 269 Nr. 4 Not. 14; Stobbe deutsches Privatrecht Bd. 3 S. 150; Seuffert Archiv Bd. 8 Nr. 38, Bd. 27 Nr. 221; braunschw. Zeitschrift f. Rechtspflege Bd. 8 S. 80, Bd. 12 S. 110 —

im vorliegenden Falle abzuweichen durch nichts indicirt ist."

Erk. des OLG. (1. Sen.) zu Braunschweig v. 9. Februar 1880 i. S. der Magdeburger Feuerversicherungs-Gesellschaft w. Holzberg wegen Versicherung. (D.)

---

199. Verschiedene Weisen der Zahlung durch Wechsel; keine Vermuthung für die Absicht einer sofortigen Aufhebung des ursprünglichen Schuldverhältnisses.

Vgl. Bd. 34 Nr. 107 u. 195 nebst d. dort. Nachw.

„Wenn ein Gläubiger behufs seiner Befriedigung Wechsel empfängt, so gestaltet sich zwar das Wechselschuldverhältniß verschieden, je nachdem der Schuldner dem Gläubiger eine von ihm ausgestellte oder indossirte, oder von einem Andern mit Blancogiro versehene von einem Dritten zu zahlende Tratte, oder ein eigenes Accept, oder einen Eigenwechsel übergiebt, oder einen Dritten veranlaßt, eine von dem Gläubiger auf ihn zu ziehende Tratte zu acceptiren, oder demselben einen eigenen Wechsel auszustellen. Auch würde in solchen Fällen, wenn bedungen wäre, daß mit Empfang des Wechsels die ursprüngliche Forderung des Gläubigers aufgehoben sein solle, der Tilgungsact einen verschiedenen rechtlichen Character haben, indem, je nach Lage des Falles, bald Annahme an Zahlungsstatt, bald ein anderes liberatorisches Rechtsgeschäft anzunehmen sein würde. Dagegen ist in allen diesen Fällen gleichmäßig anzunehmen, daß die Absicht der Contrahenten, das ursprüngliche Schuldverhältniß mit Empfang des Wechsels für aufgehoben zu erklären, in Ermangelung einer darauf gerichteten Vereinbarung nicht zu vermuthen ist."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 12. Septbr. 1879. Wallmanns deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1879 S. 810. (X.)

---

200. Sog. Schweigegeld; Natur und Klagbarkeit des Vertrages.

Vgl. Bd. 1 Nr. 195; Bd. 2 Nr. 19; Bd. 6 Nr. 167; Bd. 10 Nr. 10, 129; Bd. 18 Nr. 28; Bd. 20 Nr. 114; Bd. 34 Nr. 190.

Nachdem in oberstrichterlichen Entscheidungsgründen die Rechtsbeständigkeit eines Vertrages der Art, wie er unten näher bezeichnet werden wird, da von einer turpis causa bei dergleichen Pactis keine Rede sein könne, unter Bezugnahme auf Seuffert Archiv Bd. 6 Nr. 167, Bd. 18 Nr. 28, Bd. 34 Nr. 190 anerkannt war, wird fortgefahren:

„Was den von den vorigen Richtern ferner gerügten Substantiirungsmangel — es sei nicht zu erkennen, ob hier ein Geschäft mit Suspensiv- oder mit Resolutivbedingung beabsichtigt sei — anlangt, so findet sich allerdings in einigen oberstrichterlichen Entscheidungen (z. B. Seuffert Archiv Bd. 10 Nr. 10) die Ansicht verfochten, dem Vertrage über sog. Schweigegeld liege nicht eine Resolutiv-, sondern eine Suspensivbedingung zu Grunde, woraus dann, insofern eine negative Potestativbedingung in Frage stehe, weiter gefolgert wird, daß die gelobte Summe beim Leben der zum Schweigen verpflichteten Person überhaupt nicht, sondern erst im Augenblick ihres Todes fällig werde; während sich andere oberste Gerichtshöfe (vgl. Seuffert Archiv Bd. 10 Nr. 129; braunschw. Zeitschrift f. Rechtspflege Bd. 7 S. 62) für Resolutivbedingung, folglich sofortige Fälligkeit und Klagbarkeit entschieden haben. Allein richtiger scheint es, die ganze Distinction zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingung in einem wie hier gearteten Falle bei Seite zu lassen, vielmehr den beiderseitigen Vertragswillen einfach dahin zu fixiren: A. verlangt, daß seines Neffen Verhältniß zur B. verschwiegen bleibe; er gelobt dafür eine Summe x, wogegen B. sich zur Verschwiegenheit anheischig macht. Das Gelöbniß des Schweigens ist also gerade die Gegenleistung, für welche A. die Summe x zu zahlen sich verpflichtet. Natürlich erwächst daraus der B. die Verpflichtung, ihr Gelübde zu halten, entweder in alle Zukunft oder mindestens so lange, bis das rechtliche Interesse des A. an fernerer Geheimhaltung aufhört. Wird dem Gelöbniß zuwider gehandelt, so erwächst dem A. das Recht, das Gezahlte mittels einer condictio causa data causa non secuta zurückzufordern; allein diese Eventualität thut der sofortigen Klagbarkeit des Vertrags keinen Abbruch. Daß dem id quod actum est (fr. 34 de R. I. 50. 17) diese Auffassung des Vertragswillens besser entspricht als diejenige, welcher das angef. Erk. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen den Vorzug geben zu müssen geglaubt hat, wird bei unbefangener Würdigung der hier gegebenen Personen und Umstände keinem Bedenken unterliegen. Auch möchte wohl in der Praxis kaum je der Fall vorgekommen sein, daß eine unbemittelte Stuprata sich aller Ansprüche an ihren Schwängerer gegen Angelobung einer Summe Geldes begeben hätte, die nicht ihr selbst, sondern erst ihren Erben zu Gute

kommen soll, oder daß vom Stuprator oder einem Dritten auf dess Geheiß oder Wunsch eine Summe Geldes in diesem Sinne offerirt wäre

Erk. des OLG. zu Braunschweig (in der Revisionsinstanz) v. 26. Jan 1880 i. S. Schulze w. Busch wegen Forderung. (D.)

---

201. Ein Vertrag, worin der eine Contrahent den andern ermächti sein Grundstück zu veräußern, unter der Bedingung, eine bestimmte Sum an den Auftraggeber abzuführen, ist ein Kauf und kein Mandat.

Vgl. Bd. 29 Nr. 124; Bd. 34 Nr. 36.

Der Anbauer A. und der Kaufmann B. haben am 24. August 18 folgenden Vertrag geschlossen: 1. A. ermächtigt den B., die Grundst des A. im Ganzen oder einzeln zu veräußern. 2. B. ist aus diesem Gesch verpflichtet, jedenfalls 15900 M. in bestimmten Terminen an A. abzuführ Ein etwaiger Mehrerlös verbleibt dem B. 3. So lange bis A. wegen 15900 M. befriedigt ist, darf B. Kaufgelder nicht einziehen. 4. Dies v ausgeschickt bevollmächtigt A. den B. zum Abschluß lästiger Verträge, Löschungsanträgen und Auflassungen. A. hat jetzt eine fällige Termi zahlung (Nr. 2 des Vertrags) eingeklagt. — Aus den Gründen:

„Die Abreden des § 1, 2, 3 des Vertrags vom 24. August 18 stellen in der That einen Kaufvertrag dar. Sie enthalten alle Erforderni des § 12 Thl. I Tit. 11 des allg. Landrechts: die Personen des Verkäufe und des Käufers, die zu überlassende Sache und einen bestimmten Pr Unklar könnte nur erscheinen, ob die Eigenthumsübertragung genügend a gedrückt ist. Aber auch das ist anzunehmen. Während ganz bestim Zahlungstermine festgesetzt sind, fehlt jede Andeutung, daß das dem Beklag eingeräumte Recht sollte widerrufen werden dürfen oder nur auf Zeit willigt sein, womit die Anwendbarkeit des § 522 Thl. I Tit. 11 des a Landrechts[1]) ohne Weiteres ausgeschlossen wird. Vielmehr hat die Unwi ruflichkeit des Rechts des Beklagten Ausdruck in der Bestimmung gefun daß der Mehrerlös über 15900 M. dem Beklagten verbleibe. Angesi dieser Bestimmung muß angenommen werden, daß Kläger von dem Augen an, wo er die 15900 M. erhalten haben würde, alle Rechte auf Grundstücke zu Gunsten des Beklagten hat aufgeben wollen. Daß Kl nicht sofort die Auflassung bewilligt, sondern dem Beklagten nur eine V macht zur Weiterveräußerung mit der Einschränkung bezüglich der Erheb der Kaufgelder bis zur Berichtigung der 15900 M. ertheilt hat, erklärt

[1]) „Ist eine Sache Jemandem zum Verkauf, ohne Bestimmung eines gewissen Ter zur Zahlung oder Rückgabe, zugestellt worden, so ist ein bloßes Auftragsge vorhanden."

zur Genüge einmal aus dem Interesse des Klägers, sich wegen der Kaufgelder zu sichern, andrerseits aus dem Umstande, daß der Beklagte, wie unbestritten ist, die Grundstücke durch Parcellirungen hat verwerthen wollen, bei denen ihm die gewählte Form der Vollmacht den Vortheil einer Ersparniß der Kaufstempel für den Vertrag vom 24. August 1877 wohl gewähren sollte. Eine andere Auslegung ist nicht denkbar, namentlich nicht die Annahme eines gewöhnlichen Vollmachtsvertrags, womit unvereinbar wäre, daß der angebliche Bevollmächtigte nicht bloß jedenfalls bis zu einer bestimmten Höhe für den Erfolg seiner Bemühungen einstehen, sondern auch vorweg an den Auftraggeber bedeutende Zahlungen ohne Berechtigung auf Rückforderung für den Fall des unverschuldeten Mißlingens seiner Bemühungen zu leisten haben würde."

Erk. des Reichsgerichts (1. Hülfssen.) v. 23. Decbr. 1879 in der preuß. (landrechtl.) Sache Krökel w. Kausch. (Wck.)

---

202. Haftung des conductor operis für seine Gehülfen; inwiefern exculpirt ihn die Behauptung, daß der Schaden zwar bei Ausführung des opus, aber durch Dritte, insbesondere durch Leute des Auftraggebers selbst, herbeigeführt sei?

Vgl. Bd. 13 Nr. 140; Bd. 14 Nr. 23; Bd. 30 Nr. 118, 139; Bd. 33 Nr. 194. — Auch Bd. 14 Nr. 35; Bd. 32 Nr. 46 a. E. Sowie Bd. 28 Nr. 133; Bd. 34 Nr. 212 nebst Nachw.

„Das angef. Erk. hat in Uebereinstimmung mit der erstinstanzlichen Entscheidung den ganz richtigen Satz an die Spitze gestellt, daß bei den in Ausführung eines opus eingetretenen Sachbeschädigungen, mögen sie durch Handlungen des conductor selbst oder der Gehülfen desselben herbeigeführt sein, der conductor operis für den Schaden hafte und sich durch den Nachweis, daß bei Ausführung des opus von ihm und seinen Gehülfen mit der größten Aufmerksamkeit verfahren und daher der eingetretene Schaden durch casus herbeigeführt sei, zu exculpiren habe. Mit andern Worten: der conductor operis haftet unbedingt für culpa seiner Gehülfen; es versteht sich aber schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über culpa in Contractsverhältnissen von selbst, daß darunter nicht bloß schuldhafte positive Thätigkeit, sondern auch schuldhaftes Nichtthun begriffen ist:

fr. 17 § 3 commod. 13. 6; const. 11 mand. 4. 35; Hasse Culpa S. 120, 126 ff.,

und ist insbesondere für die locatio conductio operis diese Ausdehnung des Begriffs der culpa schlechterdings nicht zu entbehren, da z. B. bei unternommenen Bauwerken bekanntlich mindestens ebensoviel durch Unterlassung als durch positives Thun gesündigt wird. Es muß daher bei Ausführung eines opus — einer universitas consummationis — jedes Außerachtlassen der durch die Umstände gebotenen Vorsicht, jedes Nichtergreifen der zur

Abwendung schädlichen Erfolgs unerläßlichen Maßregeln, das Nichtverhindern unbefugten Eingreifens Dritter, die Haftpflicht des conductor für solche negligentia begründen. Diese Verantwortlichkeit, die erst dann cessirt, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset

fr. 25 § 7 locati 19. 2; fr. 13 § 6 eod.,

erstreckt sich auf alle Personen, quorum opera utatur, die in irgend einer Weise bei Anfertigung des opus benutzt werden, im Auftrage oder mit Genehmigung des Unternehmers — oder, falls er selbst die Ausführung seinen Gehülfen oder Lehrlingen überließ, in deren Auftrage oder mit deren Gutheißung — an dem Zustandebringen des opus sich betheiligten. Es würde auch mit den dringendsten Anforderungen des Rechtsverkehrs unvereinbar sein, die Haftpflicht des Unternehmers in Bezug auf die von ihm zur Mitwirkung herangezogenen Personen oder Vertreter, sofern deren Adhibition nach dem Sinne des Vertrags erlaubt war, mit Windscheid (Pand. Bd. 2 § 401) auf culpa in eligendo zu beschränken.

Vgl. Burchardi Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen S. 146 ff., 150 ff. 160, 162 ff.; Ubbelohde im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 239, 241. 251, 265 ff.; fr. 20 § 2 de praescr. verb. 19. 5.

Im vorliegenden Falle hatte der Kläger das Aufnehmen eines den ganzen Fußboden bedeckenden Teppichs in einem Zimmer des Beklagten, also eine Gesammtleistung übernommen, die sich der Natur der Sache nach nicht anders als mittels Wegrückens der im Zimmer befindlichen Möbeln beschaffen ließ. Das Fortrücken und folgeweise das demnächstige Wiederhinstellen der Möbeln bilden mithin einen integrirenden, ja wohl den wichtigsten Theil des opus. Unzweifelhaft lag es aber in der vom conductor auch ohne besondere Bevorwortung zu prästirenden diligentia begründet, beim Fortrücken und Wiederhinstellen der Möbeln mit aller Vorsicht und so zu verfahren, daß weder die Möbeln, noch der Teppich, noch der Fußboden oder die Wände des Zimmers, noch in letzterem etwa zurückgebliebene Kunstgegenstände beschädigt wurden. Trat eine dergleichen Beschädigung ein, so war damit von selbst eine mangelhafte, contractswidrige Leistung des übernommenen opus bewirkt, und der daraus erwachsenden Schadensersatzpflicht vermag der conductor nur dadurch zu entgehen, daß er den Nachweis führt, die Beschädigung sei durch einen casus oder eine vis major, cui resisti non potuerit, entstanden, wogegen zur fundata intentio des Verdingers, der sein Interesse mittels der actio locati verfolgt, nichts weiter als die Behauptung gehört, daß ein Verdingsvertrag geschlossen und bei der Ausführung des verdungenen Werks irgend welche Beschädigung vorgekommen sei. Diesemnach erscheint es nicht gerechtfertigt, den Beklagten, wie von den vorigen Richtern geschehen, mit einem Beweise über die Entstehung des Schadens zu belasten; vielmehr kann es sich nur darum

handeln, ob die vom Kläger und Widerbeklagten zu seiner Exculpation vorgebrachten Momente an sich von Erheblichkeit und genügend substantiirt sind, so daß dieselben zur Eröffnung einer Beweisinstanz geeignet befunden werden müssen."

Es wird dann weiter ausgeführt: Kläger, der mit einer Widerklage wegen Zertrümmerung einer Majolicaschale in Anspruch genommen war, habe den Hergang so dargestellt, daß der Bediente des Beklagten, Fritz D., sich unberufen und ohne Geheiß der klägerischen Gehülfen, ja ohne von ihnen, indem sie gerade mit der Aufnahme der Teppiche beschäftigt gewesen, beachtet zu werden, an das Aufheben des Schrankes begeben und dabei die darüber aufgehängte Schale herabgestoßen habe, so daß die Gehülfen garnicht im Stande gewesen, seine vorwitzige Einmischung abzuwehren und das schadenbringende Ereigniß zu verhindern. In diesem Sinne genommen würde obiges Vorbringen allerdings zur Exculpation des Klägers geeignet befunden werden müssen, indem bei so gestalteter Sachlage die Zertrümmerung der Schale als ein von dem Kläger nicht zu vertretender casus sich darstellen würde, zumal wenn man in Betracht ziehe, daß die Gehülfen des Klägers so wenig als dieser selbst befugt waren, dem eigenen Bedienten des Beklagten, der vielleicht sich dort custodiae causa aufhielt oder sonstwie legitim beschäftigt war, den Aufenthalt in den betreffenden Zimmern zu verbieten und somit die Gelegenheit zu störender Einmischung zu benehmen. Demnach werde der Kläger zum Beweise der in dem eben angedeuteten Sinne zu verstehenden Exculpationsmomente zuzulassen sein.

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 30. Januar 1880 i. S. Isensee w. Vieweg wegen Forderung. (D.)

---

203. Haftungspflicht mehrerer wegen Tödtung oder Körperverletzung belangten Personen.

Vgl. Bd. 27 Nr. 28 nebst Nachw.

Bei einer Schlägerei zwischen Gr. und Sohn einer-, R. und Sch. andrerseits wurde Sch. erstochen. Die übrigen drei Theilnehmer erhielten, auf Grund des § 227 StGB., wegen Theilnahme an einer Schlägerei, durch welche der Tod eines Menschen verursacht worden, Gefängnißstrafe. Die demnächstige Klage der Wittwe des Getödteten gegen Gr. sen. auf Ersatz der Kurkosten und Leistung von Alimenten wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Urtheils 3. Instanz:

„Eine Verpflichtung zum Schadenersatz setzt schlechterdings voraus, daß die Beschädigung dem in Anspruch Genommenen „zur Schuld angerechnet" werden kann (fr. 3, fr. 5 § 1 ad L. Aqu. 9. 2; § 2 Inst. eod. 4. 3); dies ist jedoch nur möglich unter der Voraussetzung eines ursächlichen Zusammen-

hangs zwischen seinem Handeln und dem schädlichen Erfolge. Die Behauptung dieses Zusammenhangs ist hier aber zu vermissen. Denn die Betheiligung an der Schlägerei wie der Besitz einer Waffe waren wohl möglich, ohne daß deshalb das Thun des Gr. sen. die alleinige oder wenigstens mitwirkende Ursache des Todes des Sch. geworden. Allerdings würde ihn auch schon die Mitwirkung zum Tode desselben für die Folgen verantwortlich gemacht haben, und zwar dergestalt, daß dabei das Maß dieser Mitwirkung nicht in Betracht gekommen, ja diese Mitwirkung schon dann bis zum Beweise des Gegentheils vorausgesetzt sein würde, wenn er gegen den Getödteten überhaupt mit und neben Anderen thätlich geworden wäre. Insoweit kommen also die Gesetze dem Beschädigten zu Hülfe; weiter gehen sie aber auch nicht und können nach den allgemeinen Grundsätzen über Verschuldung und Schadensersatz nicht weiter gehen, wie sich denn auch die neue Praxis innerhalb dieser Schranken gehalten hat. Denn überall da, wo der Fall gemeinschaftlicher Beschädigungen und namentlich Tödtungen in den Quellen behandelt wird (fr. 11 §§ 2, 4, fr. 51 § 1 ad leg. Aqu. 9. 2; fr. 4 § 5 vi bon. rapt. 47. 8; vgl. Seuffert Archiv Bd. 13 Nr. 144, Bd. 27 Nr. 28), wird eine Miturheberschaft dieser Beschädigung, mindestens aber irgend welcher verletzende Act gegen den Beschädigten auf Seiten dessen vorausgesetzt, der für die Folgen haftbar gemacht werden soll; nirgends aber wird diese Verantwortung auch demjenigen auferlegt, der sich zwar an dem beschädigenden Ereigniß überhaupt betheiligt, zu dem Tödten oder Verwunden selbst aber nicht mitgewirkt hat. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bleibt ihm freilich nicht erspart dem Strafgesetz, dem älteren nicht weniger wie dem Strafgesetzbuch (§ 227, § 367 Z. 10), gilt Jeder, der sich an einem Raufhandel oder an einer Schlägerei, durch welche der Tod eines Menschen verursacht worden ist, betheiligt, als Urheber oder Mitthäter des Verbrechens. Dies gilt aber eben nur für den Gesichtspunct der Strafe, bei dem nicht sowohl die Herbeiführung der Tödtung (die einem ganz andern Straffatze unterliegt), als die Betheiligung an einem besonders gefährlichen, verbrecherischen Thun an sich schon mit Strafe bedroht wird, und zwar eine Betheiligung jedweder Art, d. h. jede Thätlichkeit, wie auch immer geartet und gegen wen auch immer gerichtet, mithin selbst wenn sie in Handlungen besteht, die mit der Tödtung in gar keinem ursächlichen Zusammenhang stehen. Es würde heißen, fundamentale Grundsätze des Civilrechts völlig ignoriren, wenn man ihnen strafrechtliche Gesichtspuncte dieser Art substituiren wollte. Gerade der vorliegende Fall zeigt die Unzulässigkeit klar. An der Schlägerei hatte sich auch der R. betheiligt und ist deshalb dem § 227 StGB. gemäß in Strafe genommen worden. Wollte man der Ansicht folgen, welche der Construction der Klage zu Grunde liegt, so würde auch dieser R. der Klägerin haftpflichtig sein, obwohl feststeht, daß er bei der Rauferei

Seiten ihres Ehemanns gewesen ist, mit ihm zugleich angriff oder riffen wurde. Es zeigt dies, wie nicht die Betheiligung an der Schlägerei aupt, die schon den Thatbestand des § 227 erfüllt, sondern nur die eiligung an der Tödtung oder mindestens thätlichen Mißhandlung Sch. den Gr. sen. schadensersatzpflichtig erscheinen lassen konnte." . . . rtheil des Reichsgerichts (1. Hülfssen.) v. 2. Decbr. 1879 in einer preuß. (nassauischen) Sache. Entscheidungen des RG. Bd. 1 S. 89 ff.

. Aquilische Klage. Haftung des Vaters für Verschulden des Sohnes.

Bd. 7 Nr. 318. (Auch Bd. 32 Nr. 238 u. d. dort. Nachw.) Ferner Bd. 6 Nr. 218.

Der Söldner S. hat für sich und als gesetzlicher Vertreter seines nes gegen den Söldner St. Klage erhoben, welche sich darauf gründet, der neunjährige Sohn des Letzteren das Pferd, auf welchem der in hem Alter stehende Sohn des Ersteren ritt, durch plötzliches Zuspringen Einschlagen auf dasselbe scheu machte und dadurch das Herabfallen Knaben und dessen Beschädigung verursachte; es wird Ersatz der ungskosten und Zahlung eines Schmerzensgeldes von dem Vater des bigen Knaben begehrt, weil dessen Handlung nur die Folge der Lässig- in der dem Vater obliegenden häuslichen Zucht und Ordnung sei, her auch den Sohn fortwährend gegen die Familie des Klägers auf- tzt habe.

Diese Klage wurde von den Instanzgerichten abgewiesen. In der auf legte Nichtigkeitsbeschwerde ergangenen, diese verwerfenden oberst- erlichen Entscheidung ist ausgeführt:

Die angef. Entscheidung geht von der rechtlichen Anschauung aus, daß civilrechtliche Verantwortlichkeit des Beklagten für die von seinem ündigen Sohne widerrechtlich verursachte körperliche Beschädigung des erischen Sohnes nur dann angenommen werden könnte, wenn That- en vorliegen würden, welche eine indirecte Anreizung des Knaben durch n Vater zu Thätlichkeiten gegen die Kinder des Beklagten enthielten, r Thatsachen, welche überhaupt einen zuverlässigen Schluß auf Nach- igkeit des Beklagten in der Erziehung seiner Kinder und insbesondere Sohnes Joseph zuließen. Die Richtigkeit dieses rechtlichen Standpuncts die Beurtheilung der vorliegenden Klage ist im Allgemeinen nicht zu standen, insofern nämlich derselbe eine Anwendung des von Theorie Praxis anerkannten und aus dem Grundgedanken des Aquilischen tzes abgeleiteten Rechtssatzes enthält, daß derjenige, welcher die ihm gende Pflicht der Aufsicht über Personen, denen die freie Selbst- mmung fehlt, vernachlässigt, für die von diesen rechtswidrig verübten digenden Handlungen einzustehen hat, daß insbesondere die Eltern,

welche die häusliche Zucht und Ordnung in der Erziehung ihrer Kinde vernachlässigen, für den durch widerrechtliche Handlungen der Letztern gestifteten Schaden unter der Voraussetzung haften, daß jene Handlunge sich als Folgen der vernachlässigten Erziehung darstellen. (Windscheid Pand. § 455 Not. 12; Seuffert Archiv Bd. 7 Nr. 318).

Das angef. Urtheil gelangte jedoch zur Verwerfung der gegen das erst richterliche, die Klage abweisende Urtheil ergriffenen Berufung, weil .. nach dem Ergebniß der Beweisführung jeder Causalzusammenhang zwische der Handlungsweise des Beklagten und der von seinem Sohne herbei geführten Verletzung fehle. Bei diesen hierorts nicht mehr anfechtbare thatsächlichen Feststellungen erscheinen die Rechtssätze über aquilische culp nicht verletzt, und ebensowenig die in der Beschwerde noch weiter auf geführten Digestenstellen.

Was hier insbesondere die in fr. 44 pr. ad leg. Aquil. 9. 2 enthalten Bestimmung „in lege Aquilia et levissima culpa venit" anlangt, s würde diese zu ihrer Anwendung gegen den Beklagten voraussetzen, da ihm in Beziehung auf die widerrechtliche Handlung seines Sohnes ei Verschulden wenigstens der leichtesten Art zur Last falle. Diese Frage welche nur durch Schlußfolgerungen aus Thatsachen beantwortet werde kann, ist aber vom Zweitrichter verneint worden.

In gleicher Weise verhält es sich mit dem citirten fr. 45 pr. eod, denn Kläger hat selbst nie behauptet, daß Beklagter in der Lage gewesen wäre, die fragliche Handlung seines Sohnes zu verhindern; es ist vielmehr in dem angef. Urtheile festgestellt, daß Beklagter im kritischen Zeitpunkt von Hause abwesend war.

Ebenso ist in den weiteren als verletzt bezeichneten Stellen fr. 2 pr. und fr. 4 de nox. act. 9. 4 zunächst nur bestimmt, daß der Herr für die von dem Sklaven verübte Tödtung in solidum hafte, wenn die Tödtung sciente domino geschah; während der weitere Theil der beiden Stellen auf den vorliegenden Fall überhaupt nicht paßt, da dortselbst nur von den in Beziehung auf schädliche Handlungen der Sklaven anwendbaren reinen Noxalklagen die Rede ist.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 2. März 1880. HV. Nr. 5324 (v. L.)

---

205. Haftung des Gastwirths für die Sachen seines Gastes, wenn dieselbe schon auf dem Wege vom Bahnhofe aus dem Hotelwagen abhanden kommen*. — Einfluß eigenen Verschuldens des Gastes**.

*Vgl. Bd. 24 Nr. 32 u. d. dort. Nachw. (Auch Bd. 32 Nr. 46.) — **Vgl. Bd. 25 Nr. 1 u. d. dort. Nachw.

„In der Pandektenstelle fr. 3 pr. naut. caup. 4. 9 ist keinesfalls e speciell nur für Schiffer geltender Satz ausgesprochen, sondern es ist

in dem Edict für Schiffer und Gastwirthe ausgesprochene allgemeine Grundsatz auf den in jener Stelle angeführten Fall angewendet. Der Aufnahmeact, wie er vom Gesetz für die Haftbarkeit des Wirths vorausgesetzt wird, fällt daher nicht nothwendig mit der Aufnahme des Gastes in den Gasthof und der Illation der betreffenden Sachen in diesen zusammen und wäre z. B. in dem Fall unzweifelhaft als erfolgt anzunehmen, wenn Jemand einen Wirth von seiner Ankunft mit dem Ersuchen, einen Wagen an den Bahnhof zu senden, benachrichtigt hätte und die dem Führer des Wagens übergebenen Gegenstände, ehe diese oder der Reisende selbst in das Hotel gekommen, entwendet worden wären.

Anders ist aber auch der vorliegende Fall nicht zu beurtheilen. Es ist dem vorigen Richter beizustimmen, wenn er im Hinblick auf die thatsächlich bestehende Uebung annimmt, daß, wenn ein Gastwirth einen Wagen zu den ankommenden Bahnzügen absendet, hierin eine Aufforderung an die Reisenden liege, in seinem Gasthause Unterkommen zu nehmen und zu diesem Behuf sich des Wagens für ihre Person und ihr Gepäck zu bedienen. Ist dem so, so müssen diejenigen Personen, denen der Gastwirth die Führung des Wagens überläßt, als von ihm beauftragt gelten, das Gepäck der Reisenden zu übernehmen, und daß eine den Wirth verpflichtende Uebernahme des Gepäcks erfolgt sei läßt sich zum Mindesten dann nicht bezweifeln, wenn der Reisende dasselbe mit dem Bemerken, daß er in dem betreffenden Gasthof absteigen wolle, dem Führer des Wagens übergeben und dieser es ohne Widerspruch angenommen hat. — Wenn beklagterseits geltend gemacht wird, es könne dem mit dem Wagen ankommenden Reisenden vom Wirth die Aufnahme in das Gasthaus immer noch verweigert werden, so kann dies als richtig unterstellt werden; jedenfalls wäre eine solche Abweisung eines Reisenden — eben weil in der Absendung des Wagens jene Aufforderung, nicht, wie der Beklagte will, eine Aufforderung an die Reisenden, ihrerseits erst Offerten zu machen, liegt — nicht anders zu beurtheilen, als die Weigerung des Wirths, einen in den Gasthof aufgenommenen Gast länger zu beherbergen, wodurch er sich selbstverständlich der durch die bisherige Beherbergung entstandenen Verbindlichkeiten nicht entledigen kann. . . .

Ist hiernach anzunehmen, daß eine Aufnahme der angeblich entwendeten Gegenstände, wie solche vom Gesetz für die Haftbarkeit des Wirths bezüglich der von ihm aufgenommenen Gegenstände vorausgesetzt wird, erfolgt sei, so ist gleichwohl, insoweit Ersatz von entwendetem Geld und geldeswerthen Papieren verlangt wird, die Klage — und zwar deshalb abzuweisen, weil der Kläger diesen Verlust durch unvorsichtiges Benehmen mit verschuldet hat. Eine Unvorsichtigkeit ist nämlich darin zu erblicken, daß der Kläger die fragliche Handtasche, ohne dem Kutscher zu sagen, daß dieselbe eine größere Summe Geldes enthalte, in den Omnibus verbringen ließ, während

er keineswegs annehmen konnte, daß der Omnibus sofort werde zurückgebracht werden, dem Kläger auch bekannt sein mußte, daß zur Bewachung des Omnibus außer dem Kutscher Niemand zugegen war.

Zu diesem Resultat mußte man um so mehr gelangen, als zwar eine analoge Ausdehnung der Bestimmung des Art. 395 HGB. über die Haftbarkeit der Frachtführer[1]) auf das hier in Anwendung kommende Recht über die Haftbarkeit der Gastwirthe nicht statthaft ist, es jedoch keinem Anstand unterliegen kann, das Princip, welches diesem Gesetz zu Grunde liegt, bei Entscheidung der Frage der eigenen Verschuldung des Gastes insofern heranzuziehen, als man diesem in dem Falle, wenn er Gegenstände von besonderem Werth, welche als solche nicht erkennbar sind, einem Bediensteten des Gastwirths zur Beförderung übergiebt, zumuthen kann, seinerseits eine gewisse Sorgfalt, insbesondere in Beachtung der Umstände, unter denen die Uebernahme der Gegenstände durch den Bediensteten geschieht, zu beobachten.

Erk. des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 14. Novbr. 1879 in einer hessendarmst. Sache. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1880 S. 113.

---

206. Actio de recepto. Beweislast. Der Gast ist nicht verpflichtet, dem Gastwirth den Besitz von Werthgegenständen anzuzeigen.

Vgl. Bd. 25 Nr. 109 nebst Nachw.

Kläger, welcher im Gasthof des Beklagten eine Nacht logirt hat, behauptet, beim Erwachen in seinen Kleidungsstücken eine Brieftasche und ein Geldtäschchen mit bzw. 2500 ℳ. und 400 ℳ. Inhalt vermißt zu haben, und spricht die Vermuthung aus, daß ihm während des Schlafs diese Gegenstände von einem Unbekannten gestohlen seien, welcher am folgenden Morgen vom Hausknecht auf dem Hofe angetroffen und unbeanstandet ausgelassen worden sei. — Der ex recepto angestellten Klage auf Restitution der 2900 ℳ. gegenüber bestritt der beklagte Gasthofsbesitzer das Einbringen jener Geldsumme und deren Verlust durch Entwendung, und berief sich im Uebrigen auf eigenes Verschulden des Klägers, indem derselbe die Zimmerthür hätte verschließen und auch die Werthgegenstände in der verschließbaren Waschkommode verwahren müssen. Hiergegen behauptete Kläger, daß er die Zimmerthür zu verriegeln versucht und seiner Meinung nach auch verriegelt habe. — In 2. Instanz wurde dem Kläger zum Beweise verstellt, daß die 2900 ℳ. von ihm in den Gasthof eingebracht und dort abhanden gekommen seien, dem Beklagten, daß er dem Kläger ein verschließbares Zimmer oder eine verschließbare Waschkommode angewiesen habe, wogegen dem Kläger der Replikenbeweis freigelassen ward, daß er die Zimmerthür in näher von

---

[1]) Vgl. die folg. Nr. Abs. 4.

ihm angegebener Weise verriegelt, oder doch vernünftigerweise habe annehmen müssen, daß der Riegel gefaßt habe.

Die von beiden Theilen verfolgte Oberappellation, wobei der Beklagte jetzt noch geltend machte, daß ihm nicht, wie erforderlich, das Einbringen von Werthsachen seitens des Klägers angezeigt worden sei, wurde verworfen. Den Entscheidungsgründen der höchsten Instanz entnehmen wir Folgendes:

. . . Die Gesetze verlangen nicht, daß der Reisende den Gastwirth von dem Besitz von Werthgegenständen benachrichtige, um die Haftpflicht des Letzteren für die Illaten des Gastes eintreten zu lassen. Namentlich gehört zur Begründung dieser Haftpflicht, gleichviel ob man solche als eine gesetzliche oder vertragsmäßige ansieht, nicht die Uebergabe, specielle Vorzeigung oder Angabe der inferirten Objecte, vielmehr wird der Gastwirth für die wirklich inferirten Sachen schon durch die Thatsache der Aufnahme des Reisenden verantwortlich, ohne Unterschied, ob er oder seine Leute diese Sachen einliefern sahen und deren Inhalt kannten oder nicht (fr. 1 § 8 naut. caup. stab. 4. 9). Ob eine Verheimlichung des Illatums seitens des Gastes den Wirth von der gesteigerten Haftpflicht befreie und unter welchen thatsächlichen Voraussetzungen eine solche Verheimlichung anzunehmen sei, ist nicht zu erörtern, weil Beklagter einen derartigen Vorgang überall nicht behauptet.

Von einer analogen Anwendung des Art. 395 Abs. 2 des HGB.[1]), welcher die Haftbarkeit des Frachtführers für den Verlust von Kostbarkeiten ꝛc. . . . nur dann eintreten läßt, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Werth des Guts angegeben ist, kann keine Rede sein, da das röm. Edictsrecht, welches in Bezug auf Gastwirthe unbestritten noch in Geltung ist, eine solche Unterscheidung hinsichtlich des Inhalts und Werths der inferirten Sachen eines Gastes nicht kennt. — Dagegen unterliegt es keinem Anstand, das Princip, welches jenem Reichsgesetz zum Grunde liegt, bei der Frage des eigenen Verschuldens des Gastes heranzuziehen, insofern man nämlich den Letzteren für verpflichtet erachten muß, auf diejenigen Werthsachen, welche er nicht bloß in den Gewahrsam des Gasthofs bringt, sondern zugleich auch in eigener Verwahrung behält, ohne dem Wirth von dem Besitz dieser Werthsachen Kenntniß zu geben, eine besondere Sorgfalt zu verwenden. . . .

Die erhobene Klage ist auf Restitution der in den Gasthof eingebrachten Gegenstände (Gelder und Geldtäschchen) in Natur gerichtet; es ergiebt sich aber aus der Sachdarstellung beider Theile, daß Kläger jene Sachen in eigener Detention behalten hat und daß solche in Verlust gerathen sind. In der That handelt es sich also um eine Ersatzforderung, und geht der Anspruch des Klägers dahin, daß der Beklagte ihm für den erlittenen Schaden aufkomme. Unter solchen Umständen muß der Gast schon nach allgemeinen

[1]) Vgl. die vor. Nr. a. E.

Grundsätzen nicht bloß die Thatsache der Illation, sondern auch die Existenz und Größe seines Schadens — im vorliegenden Fall also den behaupteten Verlust während des Aufenthalts im Gasthofe — beweisen. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Reisende nicht unter dem bloßen Vorgeben, er habe eine Geldsumme oder sonstige Werthsachen bei sich geführt, deren Restitution vom Gastwirth verlangen kann, und es ist andrerseits gewiß, daß, wenn an die Stelle des Anspruchs auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation die Forderung auf das Interesse getreten ist, die Behauptung, daß ein Schaden in bestimmter Höhe erwachsen ist, zum processualischen Klaggrunde gehört. — Dieser Auffassung stehen die Gesetze nicht entgegen, denn obgleich das fr. 1 pr. und § 8 cit. die unbedingte Haftpflicht der Gastwirthe nur an das „salvum fore recipere" knüpft und einen Anspruch gegen dieselben gewährt „nisi restituent", so ist doch, wenn die inferirten Sachen nicht mehr zu erlangen sind, Restitution im eigentlichen Sinn ausgeschlossen, es hat alsdann der Gastwirth nach fr. 3 § 1 eod. („de rebus *quae desunt*, agere potest", „hoc edicto omnimodo, qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res *periit* vel damnum datum est") für das Abhandenkommen der inferirten Sachen einzustehen, der Gast aber erforderlichenfalls den behaupteten Verlust darzuthun. — Zu demselben Ergebniß in Ansehung der Beweispflicht des Reisenden sind die älteren Rechtslehrer fast ausnahmslos, die neueren in der überwiegenden Mehrzahl gelangt, und es haben sich verschiedene oberste Gerichtshöfe Deutschlands dafür ausgesprochen. — Dagegen hat der Gast die Art des Abhandenkommens des Illatums, insbesondere einen Diebstahl, zur Begründung der Schadensersatzklage weder zu behaupten noch zu beweisen. . . .

. . . Zwar stellt keiner der streitenden Theile die positive Behauptung eines stattgefundenen Diebstahls auf, beide sprechen vielmehr nur die Vermuthung aus, es sei die streitige Geldsumme . . . während Kläger sich der nächtlichen Ruhe überlassen, durch Entwendung seitens eines unbekannten Schleichdiebes in Verlust gerathen. Dies muß jedoch nach den Umständen des Falls — die Wahrheit des Einredevorbringens des Beklagten vorausgesetzt — bis zum Beweise des Gegentheils zur Exculpation des Gastwirths für ausreichend erachtet werden. Unter welchen Voraussetzungen nämlich ein eigenes Verschulden des Gastes an dem Verlust des Illatums anzunehmen, ob dasselbe namentlich dann zu unterstellen sei, wenn der Gast es verabsäumte, das ihm angewiesene Zimmer, aus dem die Gegenstände abhanden gekommen sein sollen, während der Nachtzeit zu verschließen, richtet sich nach der besonderen Gestaltung eines jeden einzelnen Falls. Ließ hier der Kläger die . . . in eigener Detention behaltenen Geldbeträge in der von ihm selbst geschilderten Weise in seinen Kleidern stecken, ohne das Zimmer durch Verschluß zu verwahren, so gefährdete er die custodia des Gastwirths in schuldvoller Weise und hat keinen Ersatzanspruch an Letzteren, sofern er

nicht seinerseits zu erweisen im Stande ist, daß der Verlust selbst dann nicht vermieden worden wäre, wenn er, der Gast, alle Sorgfalt angewendet hätte (culpa sine effectu). Darum genügte es, daß der Beklagte sich einredeweise auf Thatsachen bezog, welche, wie das Nichtverschließen der Zimmerthür oder die unterlassene Aufbewahrung des Geldes in der verschließbaren Waschkommode, unter den obwaltenden Umständen ein Verschulden des Gastes zu begründen geeignet erschienen, und es war Obliegenheit des Klägers, den aus jenen Thatsachen abzuleitenden Schluß durch Berufung auf die Erfolglosigkeit der angesonnenen Sicherheitsmaßregeln zu entkräften. . . .

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 13. Septbr. 1879 in der hessen-darmst. Sache Habicht w. Wiener. Entscheidungen des ROHG. Bd. 25 Nr. 79.

---

207. Operis novi nuntiatio und interdictum demolitorium; heutige Anwendbarkeit*; Substantiirung des Interdicts**.

*Vgl. Bd. 28 Nr. 134 nebst Nachw.; Bd. 31 Nr. 41; Bd. 32 Nr. 16; Bd. 33 Nr. 202. — **Vgl. Bd. 14 Nr. 139 nebst Nachw.; Bd. 21 Nr. 56.

. . . „Den Klägern muß darin beigestimmt werden, daß der auf Gerichtsbrauche gestützte Ausspruch des Appell.-Richters, daß das Institut der operis novi nuntiatio im hiesigen Lande keine praktische Geltung mehr habe und durch den Antrag beim Gericht, ein Verbot des Weiterbaues zu erlassen, ersetzt sei, ein irrthümlicher ist. In Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der höchsten deutschen Gerichtshöfe und im Ganzen auch der Rechtslehrer:

s. die Citate bei Windscheid Pand. Bd. 2 § 466 Not. 20 und besonders Burckhard die op. novi nuntiatio (in Glück Commentar) S. 573 ff.,

ist auch die hiesige Rechtsprechung bis auf die neueste Zeit von der Anwendbarkeit desselben ausgegangen[1]). Insbesondere ist davon, daß die op. novi nuntiatio mit ihren Wirkungen durch ein gerichtliches Verfahren der angegebenen Art ersetzt sei, auch in der neueren hiesigen Gesetzgebung nichts zu merken. . . .

. . . Ein sich als op. novi nuntiatio charakterisirender Einspruch hat allerdings die Wirkung, daß das Zuwiderhandeln dagegen, wenn, wie hier, Remission nicht erlangt ist, unbedingt und ohne daß es auf die materielle Berechtigung der einen oder anderen Seite ankommt, die durch das interdictum demolitorium durchzusetzende Verpflichtung des Nunciaten zur Wiederherstellung des zur Zeit des Einspruchs bestandenen Zustandes und

---

[1]) Bezugnahme auf verschiedene ältere und neuere Erkenntnisse braunschweigischer Gerichte, welche nur z. Th. in Seuffert Archiv Bd. 31 Nr. 41 (S. 52 ff.) u. Bd. 33 Nr. 202 (S. 280 ff.) abgedruckt sind.

zum Schadenserſatze zur Folge hat; ſo daß zur Subſtantiirung des Interdicts, abgeſehen von der Behauptung einer ordnungsmäßigen Einſprache und der Contravention dagegen, es nur noch der Glaubhaftmachung (nicht des Beweiſes) eines ſolchen Rechtsverhältniſſes bedarf, welches geſetzlich die Befugniß zum Einſpruch gewährt:

ſ. Burckhard a. a. O. S. 239 ff., 567; Windſcheid a. a. O. § 466 Nr. 2, beſonders Not. 13."

Erk. des OLG. (1. Sen.) zu Braunſchweig v. 17. März 1880 i. S. Quidde u. Gen. w. Töbke wegen Eingriffe in das Eigenthum. (D.)

---

208. Ueber den Anſpruch auf Wiederherſtellung des frühern Zuſtandes beim interdictum demolitorium und quod vi aut clam.

Vgl. Bd. 7 Nr. 45; Bd. 19 Nr. 234.

. . . „Der Anſpruch auf Wiederherſtellung iſt ein verſchiedener, je nachdem die Klage auf das Zuwiderhandeln gegen Einſpruch und Verbot (vi factum) oder auf clam factum geſtützt wird. Die Wiederherſtellung des urſprünglichen, noch vor dem Bau-Einſpruche oder einer ſonſtigen Prohibition vorhandenen Zuſtandes kann nämlich weder mit dem interdictum demolitorium:

fr. 1, fr. 20 pr. §. 1, 3, fr. 21 § 1; vgl. fr. 8 §§ 1 u. 5 de O. N. N. 39. 1,

noch, obwohl die Stellen hier weniger beſtimmt ſprechen, mit dem zweiten Interdicte, ſoweit es auf Handeln gegen Verbot gegründet wird, erreicht werden:

vgl. fr. 1 pr. § 1, fr. 11 § 14, fr. 15 § 7 quod vi aut clam 43. 24; Schmidt in der Zeitſchrift f. Civilrecht u. Proceß N. F. Bd. 1 S. 377; Buchka u. Budde Entſch. des OAG. zu Roſtock Bd. 6 S. 238, Bd. 8 S 192; Seuffert Archiv Bd. 19 Nr. 234; braunſchw. Zeitſchrift f. Rechtspflege Bd. 26 S. 170;

hier beſchränkt ſich vielmehr, weil nur das an ſich berechtigte Verbot und das Zuwiderhandeln gegen daſſelbe Grundlage der Klage ſind, die Reſtitutionspflicht auf den Zuſtand, wie er zur Zeit des Verbotes war. Bei der Berufung auf clam factum dagegen kommt es in dieſer Beziehung auf den Zeitpunct an, in welchem dem Unternehmer bewußt geworden, daß ihm das Recht zu der beabſichtigten Thätigkeit beſtritten werde; in dieſem Falle kann daher die Reſtitutionspflicht ſehr wohl die Wiederherſtellung des urſprünglichen Zuſtandes umfaſſen." . . .

Erk. des OLG. (1. Sen.) zu Braunſchweig v. 17. März 1880 i. S. Quidde u. Gen. w. Töbke wegen Eingriffe in das Eigenthum. (D.)

---

209. Zur Begründung des interdictum quod vi aut clam ist der Nachweis eines Verbietungsrechts nicht erforderlich.

Vgl. Bd. 35 Nr. 124, 125 nebst Nachw.

. . . „Dem Appell.-Richter kann darin nicht beigestimmt werden, daß zur Substantiirung des interdictum quod vi aut clam der Nachweis eines solchen Rechtsverhältnisses erforderlich sei, wodurch zunächst und bis zu dem — in diesem Verfahren übrigens unzulässigen — Beweise eines Gegenrechts das Verbot gerechtfertigt werde. Richtig ist freilich, daß eine für diese oder die entgegengesetzte Ansicht bestehende constante Landespraxis nicht nachgewiesen werden kann, indem die Reihe derjenigen Entscheidungen, welche nur den Nachweis eines rechtlichen Interesse, nicht den eines Verbietungsrechts verlangen[1]), durch ein Erk. des 1. Senats des vormaligen OG. zu Wolfenbüttel v. 21. Februar 1879 i. S. Wrede w. Graßhoff[2]), in welchem der neueren Ansicht beigepflichtet wird, unterbrochen ist. Allein der unterzeichnete Gerichtshof hat bereits in seiner neuerlich i. S. Rust w. Plagge am 10. Novbr. v. J. abgegebenen Entscheidung die Bedenklichkeit dieser Theorie angedeutet und kann sich nach nochmaliger Prüfung der Gründe für und wider nur für deren Verwerfung, jedenfalls in der Allgemeinheit, wie sie der Appell.-Richter zur Anwendung gebracht hat, aussprechen.

Nirgends findet sich in den Quellen auch nur als Regel der Ausspruch, daß zur Substantiirung dieses Interdicts auch der volle Nachweis desjenigen Rechts erfordert werde, auf Grund dessen die Thätigkeit des Gegners eine überhaupt unstatthafte sein würde und daher definitiv verboten werden kann. Man braucht nur einen Blick auf die in diesem Puncte entscheidenden, in den Pandekten an die Spitze dieser Lehre gestellten Quellenstellen, insbesondere fr. 1 §§ 1, 2 u. 3 quod vi aut clam 43. 24, zu werfen, um von der Irrigkeit der gegnerischen Annahme überzeugt zu werden. Wenn hier bei Erörterung des Grundes und Zweckes dieser Klage ausdrücklich das alleinige Gewicht auf die calliditas des Thäters, der ius suum tueri, aber nicht injuriam comminisci gesollt hätte, also ausschließlich darauf, „quod vi aut clam fecit", gelegt wird — wie denn noch in verschiedenen andern Stellen die eben auf die geübte Eigenmacht und Selbsthülfe gegründete Delictsnatur des Handelns gegen Verbot hervorgehoben wird:

fr. 5 de interdict. 43. 1; fr. 2, 3 pr. h. t. 43. 24 —,

so kann die in den ersteren Stellen enthaltene Verwerfung der Berufung des Beklagten, welcher gegen ergangenes oder zu befürchtendes

---

[1]) Bezugnahme auf verschiedene Entscheidungen aus der Zeit seit 1834, z. Th. abgedruckt in Matthiä Controv.-Lexikon Bd. 1 S. 416, 429; Seuffert Archiv Bd. 27 Nr. 132.

[2]) Braunschw. Zeitschrift f. Rechtspflege Bd. 26 S. 170 f. Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 35 Nr. 124.

Verbot gehandelt hat, auf sein eigenes Recht zur Vornahme der Handlung nicht die Verwerfung eines — einem zuvor nachzuweisenden definitiven Verbietungsrechte des Klägers entgegenstehenden — „Gegenrechts" des Beklagten bedeuten, sondern nur in dem Sinne verstanden werden, daß es überhaupt auf die in der That materiell identische Frage, ob der Beklagte an und für sich das Recht zur Vornahme, oder ob der Kläger das Recht zum (definitiven) Verbote gehabt hat, nicht ankommen soll.

Von Seiten der Anhänger der neueren Meinung wird augenscheinlich zu wenig Gewicht darauf gelegt, daß die prohibitio, deren unbefugte Nichtachtung das interd. quod vi aut clam auf Wiederherstellung und Schadensersatz gewährt, den Gegner nur einstweilen verhindert, das beabsichtigte opus in solo zu beginnen oder fortzusetzen. Es würde geradezu unverständlich sein, wenn die Gesetze die Zulässigkeit eines solchen bloß provisorischen Schutzes von denselben Erfordernissen abhängig machten, welche verlangt werden, damit jene Thätigkeit definitiv untersagt werden könne. Mit Recht hat man die Frage aufgeworfen, welchen Nutzen dieses Interdict denn überhaupt gewähre, wenn der dabei zu führende Beweis neben der Thatsache des vi oder clam factum noch denjenigen Thatbestand umfassen sollte, auf Grund dessen ein definitives Verbot erstritten werden kann, zumal Fälle, in denen der Prohibirte seine Befugniß aus einem selbständigen „Gegenrechte" ableitet — das im Interdictenverfahren auch nach der neueren Meinung nicht zur Geltung gebracht werden könnte —, sehr selten sein werden.

Dazu kommt aber noch, daß die Gesetze der Prohibition schon dann Wirkung zuschreiben, wenn das Rechtsverhältniß, aus welchem der Eine sein Recht zur Verrichtung des Werks, der Andere sein Recht zum Verbote herleitet, auch nur zwischen ihnen streitig ist. Es folgt dies daraus, daß das Interdict gegeben wird, wenn derjenige, der das opus in Angriff nahm, wußte (oder selbst nur hätte wissen sollen), daß ihm das Recht zu demselben bestritten werde:

s. besonders fr. 3 §§ 7, 8, fr. 4, fr. 5 pr. § 1 ff. h. t. 43. 24;

ein Grundsatz, der zwar zunächst nur als Voraussetzung für die Clandestinität aufgestellt, aber auch auf das Handeln gegen Verbot anzuwenden ist, weil, wer die beabsichtigte Thätigkeit deshalb, weil er Widerspruch zu finden fürchten muß, nicht beginnen darf, sie ebensowenig zu beginnen oder fortzusetzen befugt ist, wenn er durch die prohibitio direct erfährt, daß der Gegner ihm das Recht in der That bestreitet.

Hieraus ergiebt sich — wie es denn auch mit dem parallelen Institute der operis novi nuntiatio in Uebereinstimmung ist —, daß dasjenige, was die Gesetze für die Befugniß zur Prohibition und folgeweise eintretenden falls zur Anstellung des Interdicts verlangen, etwas Anderes sein muß als der Beweis eines zum definitiven Verbote berechtigenden Rechts-

verhältnisses. In dieser Beziehung stellen die Quellen, welche in mannigfacher Anwendung die Frage behandeln, ob eine bestimmt qualificirte Person zur Prohibition bzw. zum Interdicte befugt sei, kein ganz bestimmtes Princip auf. Die ältere Meinung zählt hierher alle Personen, welche ein auf einer iusta et probabilis causa

— vgl. Karlowa Beiträge z. Geschichte des röm. Civilprocesses S. 92; Hesse Einspruchsrecht S. 31 f. —

beruhendes Interesse an der einstweiligen Beibehaltung des bestehenden Zustandes für sich anzuführen im Stande sind. Hiermit ist wohl auch das Richtige getroffen, obwohl in den Quellen der Gesichtspunct des Interesse anscheinend nur da hervorgekehrt wird, wo sie untersuchen, ob und inwiefern neben den dinglich Berechtigten oder statt ihrer noch andere Personen zur Prohibition befugt sind:

s. z. B. fr. 11 § 14, fr. 16 pr.; fr. 12, fr. 13 pr.; fr. 11 § 8 h. t. 43. 24; fr. 13 § 12 de act. E. et V. 19. 1.

Das Princip ist jedoch jedenfalls insofern einzuschränken, als nicht jedes rein factische Interesse zumal dann genügt, wenn ausschließlich ein Anderer an der Prohibition das vermögensrechtliche Interesse hat. Doch würde die nähere Erörterung dieser Frage hier zu weit führen. Die erforderliche causa muß nun aber nicht allein eine prima facie gerechte sein (wohin nach dem Obigen schon gehört, daß das materielle dem Verbote zum Grunde liegende Rechtsverhältniß unter den Betheiligten streitig ist), sondern sie muß auch wahrscheinlich gemacht werden; ein Erforderniß, mit dem es nicht zu leicht zu nehmen ist. Wie viel indeß der Richter an Wahrscheinlichkeit erfordern wird, ist Frage des einzelnen Falles. Er wird darin beispielsweise laxer sein dürfen, wenn es ersichtlich ist, daß der Kläger Eigenthümer des Grund und Bodens, um den es sich handelt, ist, oder wenn der Gegner selbst durch vorherige Anzeige seines Vorhabens anerkannt hat, daß er von der anderen Seite Widerspruch fürchte; er wird mehr Ansprüche machen müssen, wenn ein ungewöhnliches Recht als der Grund des Verbotes behauptet wird, z. B. wenn nach des Prohibenten eigener Behauptung der Prohibirte die Grenzen seines eigenen Grund und Bodens nicht überschritten hat, und je unwahrscheinlicher es erscheint, daß der Kläger, sei es kraft Servitut oder Nachbarrechts, sei es kraft eines obligatorischen Rechts, die dort vorgenommene Thätigkeit zu hindern befugt sei. Von diesem Gesichtspuncte aus verliert denn auch das von der gegnerischen Seite ganz besonders herangezogene fr. 21 de aqua et aquae pluv. arc. 39. 3 sein Gewicht, indem es sich hier theils um das ganz unbestrittene Recht des Eigenthümers handelt, über das auf seinem Grundstücke entspringende Quellwasser selbst zum Nachtheil des Nachbars nach Belieben zu verfügen:

fr. 1 § 12 eod.; fr. 24 § 12, fr. 26 de damno inf. 39. 2,

theils ein dennoch entgegenstehendes Recht des Nachbars nur auf eine gewiß sehr ungewöhnliche Servitut gestützt werden könnte.

Indem man sich im Uebrigen auf die im Wesentlichen zutreffenden Ausführungen von

Schmidt in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß N. F. Bd. 1 S. 347 ff.; Buchka u. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock Bd. 6 S. 238 ff; Hesse Einspruchsrecht S. 30 ff.; Zimmermann im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd 52 S. 465 ff, S. 479 ff; z. Th. auch Karlowa a. a. O. S. 89 ff.

bezieht, muß daher der Ausspruch erfolgen, daß in dieser Beziehung die Entscheidung der vorigen Instanz auf einem Grundsatze beruht, der den Bestimmungen der Gesetze nicht entspricht."

Erk. des OLG. (1. Sen.) zu Braunschweig v. 17. März 1880 i. S. Quidde u. Gen. w. Töbke wegen Eingriffe in das Eigenthum. (D.)

---

210. Reichshaftpflichtgesetz § 1. Eigenes Verschulden des verletzten Arbeiters durch Uebertretung eines vielfach übertretenen Verbots; Einfluß der Unerfahrenheit des Arbeiters.

Bd. 29 Nr. 239; Bd 30 Nr. 248.

„Als zugestanden muß erachtet werden, daß Kläger sich absichtlich vor oder zwischen die rollenden Wagen begeben hat, um sie an einander zu befestigen. Dieses Treten vor oder zwischen rollende Wagen zum Zwecke des Anhängens derselben war nach den Aussagen der Zeugen verboten, speciell auch dem Kläger; nach Aussage zweier Zeugen haben sie den Kläger davor gewarnt, nach der Aussage des einen Zeugen noch am Morgen vor dem Unfall. Dennoch ist, wie die Zeugen bekunden, öfters vielfach, sehr häufig in der verbotenen Art gehandelt. — Hierbei ist in Betracht zu ziehen, daß Kläger zur Zeit des Unfalls erst 14 Jahre alt war; die Angabe des Zeugen X, daß Kläger ihm zu seinem Dienste nicht befähigt, noch zu jung schien, er noch nicht fähig gewesen sei, die Gefahr solcher Arbeit zu erkennen und zu vermeiden, trifft den richtigen Gesichtspunct. Von einem so jungen Menschen war ein vorsichtiges Handeln, eine Einsicht in die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebs nicht zu erwarten; ein Nichtbefolgen des Verbots, welches offenbar unter den Augen der Vorgesetzten vielfach übertreten wurde, ist ihm deshalb als eigenes Verschulden nicht zuzurechnen."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.)[1]) v. 21. Januar 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Killmann w. Essener Bergwerkverein „König Wilhelm" (Wck.)

[1]) In gleicher Weise ist dieselbe Frage entschieden vom 2. Sen. des RG. durch Urth. v. 23. Januar 1880. Entscheidungen des RG. Bd. 1 S. 48.

1. Haftpflichtgesetz § 2. Verschulden des Aufsehers; der größere oder geringere Umfang seiner Functionen ist nicht maßgebend.

Vgl. die folgende Nr.

Kläger war als Taglöhner in der Eisengießerei des Beklagten beschäftigt. Eines Tages befahl der Gießer F. dem Kläger und einem anderen Taglöhner, die mit flüssigem Eisen gefüllte Pfanne ihm zur Form tragen helfen. Dort angelangt ließ F. die Pfanne niederstellen, commandirte nach kurzer Zeit, um zum Guß zu schreiten, „Auf", hob aber sogleich nach diesem Commando die Pfanne so rasch in die Höhe, daß die beiden Taglöhner nicht mehr Zeit genug hatten, gleichzeitig mit ihm auf der entgegengesetzten Seite die Pfanne zu heben; von der dadurch ins Schwanken gekommenen Masse floß ein Theil heraus und auf den Boden, hiervon spritzte ein Tropfen in das rechte Auge des Klägers, welches dadurch schwer verletzt und der Sehkraft für immer beraubt worden ist.

Der Ersatzanspruch, welchen daraufhin der Kläger nach § 2 des Haftpflichtgesetzes gegen den Beklagten erhob, wurde von der 1. Instanz für begründet erkannt, von der 2. Instanz aber verworfen, weil der Gießer F. nicht zu den zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs oder der Arbeiter angenommenen Personen gehöre. Das Reichsgericht hat die Ausführung des Appell.-Richters nicht für richtig erachtet und dessen Urtheil vernichtet aus nachstehenden Erwägungen:

Obgleich festgestellt wird, daß die dem Gießer F. zur Aushülfe bei dem Heben und Tragen der Pfanne zugetheilten Taglöhner den Befehlen desselben zu gehorchen haben und der Gießer dabei die Stellung eines Vorarbeiters einnehme und daß dies insbesondere auch in der Gießerei des Beklagten so gehalten worden sei, versagt das AG. dennoch dem § 2 des Haftpflichtgesetzes die Anwendung und zwar aus solchen Gründen, welche bei richtiger Auslegung des Gesetzes keine Beachtung finden durften.

Zunächst deshalb, weil der Gießer doch nur ein gewöhnlicher Fabrikarbeiter und dem Gießmeister untergeben sei, welchem die technische Leitung und Aufsicht beim Gießen zukomme. Das Gesetz unterscheidet aber bezüglich der Haftung nirgends zwischen dem größeren und geringeren Umfange der Functionen, sondern erkennt vielmehr an, daß die Haftung des Fabrikherrn nicht nur durch das Verschulden des Bevollmächtigten oder Repräsentanten, sondern auch durch das solcher Personen begründet werde, welche zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs oder der Arbeiter angenommen sind. Darunter versteht das Gesetz nach seinem Vorbilde, dem Art. 74 des preuß. allgemeinen Berggesetzes, inhaltlich der Motive und der Aeußerungen in seiner Berathung Jeden, welcher eine Aufsichtsfunction irgend welcher Art vorübergehend oder dauernd ausübt. Es liegt auch im Wesen einer Fabrik, deren organisch gegliederte Einrichtung verschiedenartige unmittelbare

eben dadurch gewonnen hat, daß sie von dem Vorgesetzten bei Ausführung derjenigen Arbeit verrichtet worden ist, bei welcher er den anderen Arbeitern zu befehlen und zugleich zu helfen hatte.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 19. Decbr. 1879 i. S. Klein w. Fischer. (St.)

---

213. Reichshaftpflichtgesetz § 7 Abs. 2. Hat das die früher zuerkannte Entschädigungsrente herabmindernde Urtheil constitutive oder nur declaratorische Kraft? Beginn der Minderung mit Zustellung der Klage.

Vgl. diesen Band Nr. 31.

Durch § 7 Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 ist dem auf Grund des gedachten Gesetzes zur Zahlung einer Rente Verurtheilten das Recht gegeben, die Aufhebung oder Minderung der Rente, und ebenso dem Verletzten, die Erhöhung oder Wiedergewährung derselben zu fordern, wenn die betreffenden Verhältnisse inzwischen sich wesentlich verändert haben. Der Sinn dieser gesetzlichen Bestimmung ist, wie auch bei deren Berathung im Reichstage hervorgehoben worden, der, daß das Erkenntniß, welches auf Grund des Haftpflichtgesetzes ergeht, zwar in Betreff der Haftpflicht selbst rechtskräftig wird, nicht aber in Betreff der Höhe der Rente, welche auf Grund späterer Aenderungen in den Verhältnissen durch anderweites Erkenntniß anders festgestellt werden kann. In Betreff der Höhe der Rente ist das Erkenntniß im Reichstage zutreffend als ein Interimisticum bezeichnet.

Von welchem Zeitpuncte ab die Aenderung der Rente eintreten soll, ist im Gesetze nicht direct bestimmt. Es können in Betracht kommen die Zeit der Aenderung der Verhältnisse, die Zeit der Rechtskraft des die Aenderung aussprechenden Erkenntnisses und die Zeit der Behändigung der Klage auf Aenderung der Rente.

Eine ähnliche gesetzliche Bestimmung wie in § 7 Abs. 2 findet sich bereits in § 119 Thl. I Tit. 6 des preuß. allg. Landrechts, wonach, sobald der Beschädigte zu einem wirklichen Erwerbe gelangt, dieser von der zu leistenden Entschädigung abgerechnet werden muß. Diese Abrechnung findet nach den Worten des Gesetzes vom Eintritte des Erwerbes ab statt, obgleich die Entschädigung rechtskräftig zugesprochen worden ist. Die dadurch gedachte Entschädigung besteht aber nach § 115 a. a. O. in denjenigen Vortheilen, welche dem Verletzten dadurch entzogen sind, daß er sein Amt oder Gewerbe in der bisherigen Art zu betreiben gänzlich außer Stande gesetzt ist. Dieser gegenüber konnte jeder eigene Erwerb gewissermaßen, wie in § 119 geschehen, als eine Erledigung des Erkenntnisses angesehen werden. Dies trifft für die nach dem Haftpflichtgesetz zuzusprechende Entschädigung in Kapital oder Rente nicht zu; § 7 Abs. 2 geht daher auch nicht von der Auffassung der Erledigung des früheren Erkenntnisses, sondern von der

er Berücksichtigung einer Veränderung seiner Grundlagen aus. Darin legt eine gesetzliche Einschränkung der Grundsätze von der Rechtskraft der Entscheidungen, und bei der Auslegung solcher Abweichung von allgemeinen Grundsätzen ist nicht über die deutlich erkennbare Absicht des Gesetzes hinauszugehen. Diese Absicht kann aber nicht dahin gegangen sein, gegen den Verletzten, welcher die ihm zugesprochene Rente verzehrt hat, ohne daß ihm ein Verlangen des Zahlungspflichtigen nach Minderung oder Fortfall der Rente bekannt geworden war, deren Fortfall oder Minderung für die vergangene Zeit eintreten zu lassen. Die Aenderung der Rente tritt daher nicht materiell mit der Aenderung in den maßgebenden Verhältnissen ein, kann vielmehr nur für die Zukunft gefordert werden.

Der maßgebende Zeitpunct ist aber nicht der der rechtskräftigen Entscheidung über die Aenderung der Rente. Das frühere Erkenntniß hat zwar bis zu der anderweiten rechtskräftigen Entscheidung die Bedeutung und Wirkung eines Interimisticums, so daß es bis dahin auch zu vollstrecken ist; daß aber die Aenderung nicht von einem früheren Zeitpuncte ab erfolgen kann, wird durch die Grundsätze von der Rechtskraft nicht bedingt. Die Rechtskraft der früheren Entscheidung, wenn sie nicht durch das Gesetz beseitigt wäre, würde jede Aenderung ausschließen. Der Zeitpunct für die eintretende Aenderung muß auch für die Anträge des Verletzten und für die des Verpflichteten ein gleicher sein; es kann aber nicht als die Absicht des Gesetzgebers angenommen werden, daß, wenn zeitweise die Rente ganz fortgefallen war, deren Zahlung bei Wiedereintritt der Verpflichtung dazu erst vom Tage der Rechtskraft des betreffenden Erkenntnisses eintreten soll. Ueberhaupt ist nicht anzunehmen, daß der zufälligen Dauer des Processes wegen Aenderung der Rente, der Verschleppung desselben durch die Gegenpartei und dem Einlegen ungerechtfertigter Rechtsmittel ein Einfluß auf das materielle Recht hat beigelegt werden sollen. Das Gewicht ist vielmehr auf den Zeitpunct zu legen, wo durch Behändigung der Klage auf Aenderung der früheren Bestimmung über die Höhe der Rente die Rechtshängigkeit dieses Anspruchs eingetreten ist. Da ist die Aenderung der Rente, wie § 7 verlangt, gefordert und zwar in der legalen, den Gegner bindenden Weise, nachdem auch die die Aenderung begründende Aenderung der Verhältnisse eingetreten war. Wird dieser Zeitpunct als der maßgebende angesehen, so ist die Einschränkung der Rechtskraft des früheren Erkenntnisses in der Art erfolgt, daß die vom Gesetze zugelassene Aenderung der früheren Entscheidung erfolgen kann, ohne die materiellen Rechte des Gegners zu beeinträchtigen.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 28. Januar 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Warlich w. Hagelberg. (Wck.)

214. Condictio indebiti und actio doli, wenn der Schuldner nach rechtskräftigem bedingten Endurtheil, vor dem Purif.-Erk., in der Annahme, daß er pure zur Zahlung verurtheilt sei, gezahlt hat.

Vgl. Bd. 33 Nr. 339.

In einem früheren Proceß wurde der jetzige Kläger B. verurtheilt, dem Beklagten H. 500 fl. nebst Zinsen zu zahlen, wenn dieser noch einen Erfüllungseid leiste. Hiergegen appellirte H., indem er eine unbedingte Verurtheilung verlangte; er zeigte aber später dem AG. an, daß B. ihm die streitige Forderung nebst Zinsen bezahlt habe und nur noch die Kosten schulde. Das AG. erklärte hierauf den Proceß in Betreff der Hauptsache und der Zinsen für erledigt und legte dem H. die Kosten beider Instanzen auf, indem es den erhobenen Anspruch für unbegründet hielt. B. fordert jetzt die gezahlte Summe zurück, weil er die Zahlung in der irrigen, durch falsche Vorspiegelungen des H. hervorgerufenen Meinung geleistet habe, daß der dem Letzteren auferlegte Erfüllungseid abgeschworen sei. — Die Vorinstanzen haben die Klage als condictio indebiti für begründet erklärt. Die hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde als gerechtfertigt erachtet und in der Sache die Klage abgewiesen. Gründe:

„Die Klage auf Rückgewährung eines in der irrigen Voraussetzung der Schuld geleisteten Gegenstands (condictio indebiti) setzt ihrem Begriff und Zwecke nach voraus, daß der Gegenstand nicht geschuldet sei. Eben weil dies den Grund des Klaganspruchs bildet, hat unbestritten der Kläger zu behaupten und zu beweisen, daß die Schuld, deren Tilgung beabsichtigt wurde, nicht bestand. Demgemäß hat auch vorliegendenfalls der Kläger B. die Klage darauf gegründet, daß die ursprünglich von ihm contrahirte Schuld von 500 fl. durch Anweisung einer ihm an K. zustehenden Forderung getilgt, also zur Zeit der früheren Klagerhebung nicht existent gewesen sei. H. hat dieses bestritten und Einreden dagegen vorgebracht. Das beiderseitige Vorbringen in diesem Betreff sowie die darüber erhobenen Beweise bilden die Grundlage, auf welcher die erkennenden Richter im vorliegenden Proceß zu der Entscheidung gelangt sind, daß in der That eine Schuld des B. nicht bestanden habe. Ein solches Verfahren verstößt aber gegen die Grundsätze über die Rechtskraft des Urtheils. Denn ganz die nämliche Frage, ob die Schuld des B. bestand und namentlich ob sie trotz der Anweisung an K. bestand, hat bereits den Gegenstand des Vorproceßes gebildet und dort seine Erledigung durch rechtskräftiges Urtheil gefunden. H. hatte durch letzteres ein Recht auf die 500 fl. nebst Zinsen, wofern er den ihm auferlegten Erfüllungseid leistete, erworben. Dieses Recht kann ihm unter keinen Umständen wieder entzogen oder durch einen neuen Proceß in Frage gestellt werden. Da dies durch die angestellte condictio indebiti

geſchah, ihrer rechtlichen Natur und Beſtimmung nach auch geſchehen mußte, ſo war ſie hier ſchlechterdings ausgeſchloſſen und das angefochtene Urtheil, welches weſentlich auf ihrer rechtlichen Zuläſſigkeit beruht, als gegen die Principien über die Rechtskraft verſtoßend unhaltbar.

Hiergegen darf auch die eigenthümliche Weiſe, in welcher der Vorproceß zu Ende gediehen iſt, kein Bedenken erregen. . . . Der damalige Appell.-Richter hat in der vorbehaltloſen Zahlung der Klagſumme eine thatſächliche Unterwerfung unter die Klagbitte oder unter das erſtinſtanzliche Urtheil und zwar als ein unbedingtes erblickt, und ohne Zweifel involvirt ſie auch eine ſolche, da ſie der ganzen Sachlage nach mit Rückſicht auf die erhobene Klage, bzw. das ergangene erſtinſtanzliche Urtheil, geleiſtet worden iſt. Die Unterwerfung unter die Klagbitte aber, welche materiell der alten confessio in iure, dem bekannten Surrogat des rechtskräftigen Urtheils, völlig gleichſteht, begründet dieſelben Wirkungen wie dieſes letztere; wie auch daran nicht gezweifelt werden kann, daß die Erfüllung eines Urtheils ohne Vorbehalt und ohne Zwang die Anerkennung deſſelben als eines rechtskräftigen und bindenden in ſich ſchließt. Es liegt daher eine Verletzung der Rechtskraft vor, wenn diejenigen Verhältniſſe der Parteien, welche Gegenſtand der Entſcheidung des Vorproceſſes geweſen ſind, in einem zweiten Proceß derſelben Parteien von Neuem einer proceſſualiſchen Erörterung und Entſcheidung unterzogen worden ſind. Es folgt dieſes aus den allgemeinen Grundſätzen über die Wirkungen der Rechtskraft, wobei auf ſich beruhen kann, ob der Rechtsſatz der röm. Quellen: daß gegen Zahlungen auf Grund rechtskräftigen Urtheils die condictio indebiti überhaupt ſchlechthin ausgeſchloſſen iſt (vgl. fr. 74 § 2 de iud. 5. 1; fr. 29 § 5 mandat. 17. 1; const. 1 pr. de cond. ind. 4. 5), noch practiſches Recht bildet. . . .

Die Klage iſt auch auf argliſtiges Verhalten des Beklagten geſtützt (actio doli). Nun kann freilich auch auf dieſem Wege das von Letzterem in dem früheren Proceß erworbene Recht nicht beſeitigt oder ignorirt werden, da kein Rechtsgrund für die Annahme vorliegt, daß er jenes durch unredliches Gebahren mit demſelben verwirke. Wohl aber iſt die Betrugsklage dazu angethan, vorbehältlich jenes Rechts alle diejenigen Veränderungen wieder aufzuheben, welche durch angeblich betrügliches Handeln des Beklagten herbeigeführt waren, namentlich alſo den jetzigen Kläger wieder in den Beſitz der ihm angeblich abgeſchwindelten Klagſumme zu ſetzen, unbeſchadet des Rechts des Beklagten, dieſelbe wieder zu erlangen, wenn er nach Wiederaufnahme des Vorproceſſes durch Ableiſtung des Erfüllungseids das frühere Urtheil zu ſeinen Gunſten für ſich geltend zu machen vermag. Denn darüber kann kein Zweifel ſein, daß der betrügeriſch Handelnde jeden durch ſeine Argliſt herbeigeführten Nachtheil, welcher Art er auch ſei, auszugleichen hat, und daß es einen Nachtheil für den (jetzigen) Kläger darſtellt, wenn er die Klagſumme zahlte, bevor und ohne daß der (jetzige) Beklagte

den Eid leistete, von dessen Leistung seine Zahlungsverpflichtung im Urtheil abhängig gemacht war."

Die Betrugsklage wurde aber thatsächlich für nicht genügend begründet erachtet.

Erk. des Reichsgerichts (1. Hülfssen.) v. 12. Decbr. 1879 in der preuß. (gemeinrechtl.) Sache Henlein w. Bretz. (Wck.)

---

215. Entschädigungsanspruch des Pächters bei Enteignung des verpachteten Grundstücks.

Bd. 20 Nr. 136.

Der Kläger hatte vom Beklagten mehrere Morgen Land auf die Zeit von 12 Jahren gepachtet und in Benutzung genommen. Nach Ablauf von 6 Jahren entzog ihm der Verpächter ½ Morgen, welchen er nach der Behauptung des Klägers an die Ilseder Hütte verkauft haben sollte. Der Letztere klagte hierauf sein Interesse ein, welches in der Entziehung der auf dieser Fläche zu erwarten gewesenen Ernten nach Abzug der Betriebskosten, und zwar für die restirenden 6 Jahre, bestehe. Der Beklagte berief sich darauf, daß er den ½ Morgen auf Grund des Berggesetzes im Wege der Expropriation habe abtreten müssen. In 1. und 2. Instanz wurde dieser Einwand für begründet erachtet, weil die Expropriirung eines Pachtgrundstücks einer vis maior gleich zu achten sei. In der Nichtigkeitsinstanz wurde dagegen die Einrede verworfen und über die Höhe des geklagten Schadens interloquirt. In den Entscheidungsgründen heißt es:

. . . „Es ist eine irrthümliche Auffassung des ersten Richters, wenn derselbe annimmt, daß die Zwangsenteignung in Beziehung auf die Eigenthumsrechte des Expropriaten und alle daraus abgeleiteten Rechte Dritter in eben demselben Maße, als handle es sich um einen durch damnum fatale oder casus fortuitus herbeigeführten casuellen Untergang des Enteignungsobjects, aufhebende Wirkung äußere, oder daß letzteres in Folge der Zwangsentäußerung in ganz ähnlicher Weise wie durch occupatio bellica oder Confiscation dem gemeinen Privatverkehre entzogen werde. Wohl zu beachten ist nämlich, daß, während der Staat bzw. das von ihm mit dem Rechte der Expropriation ausgestattete Rechtssubject mit der einen Hand Privatrechte entziehen, dieselben mit der anderen Hand vollen Ersatz für alle auf diese Weise dem öffentlichen Besten zum Opfer gebrachten Vermögensrechte bieten, ja daß dieses, in den neueren deutschen Verfassungen und Expropriationsgesetzen fast ausnahmslos anerkannte, Princip vollständiger Indemnisirung bei uns nahezu die Bedeutung eines verfassungsmäßigen Axioms angenommen hat:

Grünhut das Enteignungsrecht S. 99; Meyer das Recht der Expropriation S. 271 ff.; v. Rohland Theorie u. Praxis des deutschen Enteignungsrechts S. 55 ff., S. 70 ff.; Thiel Expropriationsrecht S. 21 ff.; Treichler in der Zeitschrift f. deutsches Recht Bd. 12 S. 153; Häberlin im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 39 S. 181; Zerrenner Lehrb. des deutschen Bergrechts § 178; preuß. allg. Landrecht Thl. II Tit. 16; Hahn allg. Berggesetz für die preuß. Staaten v. 24. Juni 1865 S. 263; Förster preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 146 Not. 35; braunschw. Landes-Grundgesetz v. 12. Octbr. 1832 § 33; Gesetz Nr. 78 v. 13. Septbr. 1867, die Ausmittelung der Entschädigungen bei Expropriationen betr., § 1; braunschw. Berggesetz v. 15. April 1867 Nr. 23 § 146 Abs. 2.

Unter solchen Umständen kann begreiflicherweise, was die Rechtsfolgen einer perfect gewordenen Expropriation betrifft, nicht von einer totalen Vernichtung von Vermögensrechten nach Analogie des casuellen Untergangs, sondern nur von einer Umwandlung solcher Rechte in ein der veränderten ökonomischen Gesammtlage des Expropriaten entsprechendes Geldäquivalent die Rede sein.

Mag man nun auch über Art und Maß der dem Eigenthümer für rein persönliche Schäden der hier fraglichen Art zu gewährenden Entschädigung verschiedener Ansicht sein und namentlich die Frage aufwerfen können, ob dem Eigenthümer vermietheter oder verpachteter Enteignungsobjecte das mit der Gebrauchsentziehung im rechtlichen Zusammenhange stehende volle Interesse zu ersetzen sei, oder ob es vielleicht genüge, den betreffenden Nutzungsberechtigten auf den Zinsengenuß des dem Eigenthümer für Abtretung seines Eigenthums zu zahlenden Entschädigungskapitals zu verweisen, so steht doch im Allgemeinen soviel fest, daß auch dem Miether und Pächter für die als Folge der Enteignung eintretende Beeinträchtigung seiner Gebrauchsrechte Entschädigung gebührt, daß sich derselbe solche Entschädigung nicht etwa direct und unmittelbar vom Exproprianten, mit welchem er in keinen rechtlichen Beziehungen steht, sondern als Folge eines obligatorischen Verhältnisses lediglich vom Eigenthümer, als anderen Contrahenten, zu erholen hat, und daß es dem Letzteren überlassen bleiben muß, dasjenige, was er seinem Miether oder Pächter als Interesse zu ersetzen hat, bei Liquidirung bzw. Vereinbarung seiner eigenen Entschädigung mit in Anschlag zu bringen. Diese, aus der Natur der Sache sich gewissermaßen von selbst ergebende, Auffassung, welche sich auf die naheliegende Erwägung gründet, daß, wo nicht besondere Gesetzesbestimmungen dem Miether oder Pächter die Rolle eines Adhärenten des Exproprianten zutheilen oder demselben, wie z. B. das preuß. Landrecht, geradezu dingliche Rechte an dem Mieth- oder Pachtobjecte zuschreiben, nur Expropriant und Eigenthümer, nicht aber auch Expropriant und Miether oder Pächter in rechtlichen Beziehungen zu einander stehen, und daß überdies auch der Eigenthümer als der natürliche Repräsentant aller im Vollgenuß des Eigenthums sich vereinigenden und aus dem letzteren sich abzweigenden

Gebrauchsrechte Dritter anzusehen ist, — ist nicht nur in einer Mehrzahl neuerer deutscher Expropriationsgesetze:

vgl. Meyer a. a. O. S. 262, 301 ff.; Thiel a. a. O. S. 15 ff., 51 ff.; Treichler a. a. O. S. 155; Förster a. a. O. S. 146 Not. 35,

geradezu zum leitenden Grundsatz erhoben, sondern entspricht auch unserem in den ständischen Verhandlungen zum Berggesetz (vgl. Commissionsbericht vom 2. März 1867) ausdrücklich zum Ausgangspunct benutzten früheren Rechtszustande und dem in einzelnen Bestimmungen anderer Landesgesetze deutlich erkennbar hervorgetretenen Zuge unserer neueren Landesgesetzgebung am meisten." (Dies wird näher ausgeführt und dann fortgefahren:)

„Geht man aber diesem Allen zufolge davon aus, daß es eine aus den veränderten Umständen sich ergebende Rechtspflicht des Grundeigenthümers ist, bei Berechnung oder Vereinbarung der ihm selbst auszusetzenden Grundentschädigung die Interessen seiner nicht zur Sache gezogenen Miether oder Pächter genügend zu wahren, so kann man nicht umhin, auch ferner anzuerkennen, daß sich der Kreis der dem Eigenthümer als Verpächter in Beziehung auf die Gewährung des uti frui licere obliegenden Verbindlichkeiten einer drohenden Zwangsenteignung gegenüber verhältnißmäßig erweitert und daß es deshalb nicht nur eine Außerachtlassung des das Vertragsverhältniß beherrschenden guten Glaubens, sondern auch eine Verletzung der dem locator in Beziehung auf die Verpflichtung, die res locata während der ganzen Dauer des Mieth- oder Pachtverhältnisses hindurch ad usum habilem zu erhalten, obliegenden Diligenz involvirt (fr. 9 pr., fr. 15 § 1, fr. 25 § 1 locati 19. 2), wenn sich der Verpächter auf eine ihm vom Bergwerkseigenthümer zugemuthete Abtretung von Grundeigenthum einläßt, ohne sich zuvor mit seinem Pächter wegen der diesem für die vorzeitige Gebrauchsentziehung zu gewährenden Entschädigung auseinandergesetzt oder dessen Interessen bei der Vereinbarung über die ihm selbst zu leistende Entschädigung genügend gewahrt oder gerechten Einwendungen desselben gegen die Nothwendigkeit der in Aussicht genommenen Enteignung Gehör geschenkt zu haben. Eine derartige offene Nichtachtung der dem Miether bzw. Pächter zustehenden Gebrauchsrechte ist mit einer Hinderung des Letzteren in dem Gebrauche der res locata vollkommen gleichbedeutend und . . . wohl geeignet, gegen den seinen Vertragsverbindlichkeiten zuwiderhandelnden locator einen Anspruch auf das quanti eius (conductoris) interfuit frui zu begründen.

fr. 33 i. f. locati 19. 2; vgl. auch braunschw. Ablösungs-O. v. 20. Decbr. 1834 § 137; Gemeinheitstheilungs-O. de eod. dato § 213.

Der dem angef. Erk. gemachte Vorwurf, gegen die Bestimmungen des Gesetze erkannt und in Folge davon unrichtig entschieden zu haben, erscheint somit vollkommen begründet."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 18. Februar 1880 i. S. Ehlers w. Ehlers wegen Entschädigung. (D.)

216. Expropriation; Werthsermittelung eines zu einer Ziegelei geeigneten Grundstücks.

Vgl. Bd. 29 Nr. 34 nebst Nachw.; Bd. 30 Nr. 35; Bd. 31 Nr. 337; Bd. 32 Nr. 297; Bd. 34 Nr. 47.

Die angef. Entscheidung geht mit Recht davon aus, daß bei der Abschätzung des dem Kläger zu ersetzenden „vollen Werthes" des enteigneten Grundstücks derjenige höhere Werth in Ansatz gebracht werden müsse, welcher dadurch etwa begründet ist, daß das Grundstück zufolge der darin enthaltenen Lehmschicht zur Lehmsteinbereitung mittels Feldbrandes sich eignet. Es ist jedoch die aus diesem Gesichtspunct aufgestellte Werthsbestimmung, welche das AG. seinem Urtheil zu Grunde legt, aus den vorgenommenen Ermittelungen, in Verbindung mit den in Betracht kommenden besonderen Umständen des Falles, nicht zu rechtfertigen.

Die Sachverständigen haben zunächst vom Standpunct eines rationellen Ziegeleibetriebs aus festgestellt, in welchem Zeitraum die Lehmschicht des enteigneten Grundstücks vollständig ausgebeutet und welcher Reinertrag aus diesem Betriebe während jenes Zeitraums alljährlich gezogen werden könne. Sie haben ferner den Werth abgeschätzt, welchen das Grundstück nach dieser vollständigen Ausbeutung des Lehmes noch haben werde. Und sie haben dann den dem Kläger zuzubilligenden Entschädigungsbetrag finden wollen durch Zusammenrechnung der sämmtlichen Jahreserträge der Lehmsteinbereitung, mit Hinzurechnung des später dem Grundstücke verbleibenden Werthes, unter Reduction derselben auf einen Kapitalwerth nach einer Zinsenrechnung zu 5%. Diese Art der Werthsermittelung greift in mehrfacher Hinsicht fehl. Der Ertrag einer Ziegelei hängt hinsichtlich der Absatzgelegenheit, der Concurrenz und der Höhe der Preise von so vielen veränderlichen Umständen ab, daß eine auch nur annähernd zuverlässige Veranschlagung desselben auf eine längere Reihe von Jahren nicht möglich ist. Derselbe ist ferner, auch nach dem bereits stattgefundenen Abzug der in dem Gutachten veranschlagten Gewerbsunkosten, keineswegs in seiner ganzen Höhe als Ertrag aus dem benutzten Grundstück anzusehen; es ist darin vielmehr neben der Bodenrente auch der Gewerbeverdienst des Geschäftsherrn, sowie der Gewinn enthalten, den der Letztere auf das in dem solchen Gewerbe auch bei dem einfachsten Betriebe angelegte Kapital zu rechnen hat.

Hiernach ist die Art und Weise, wie die Sachverständigen für die Werthsbestimmung zu Werke gegangen, nicht zu billigen. Vielmehr hat die für den Zweck der Enteignung zu bewirkende Abschätzung, welche die Aufgabe hat, den objectiven Werth der Sache selbst festzustellen, in der Regel und zunächst die Ermittelung des Preises zur Grundlage zu nehmen, welchen der Eigenthümer nach Ort und Zeit unter günstigen

Verhältnissen beim freiwilligen Verkauf des enteigneten Grundstücks zu e langen im Stande ist. In dem hiernach zu bemessenden Entschädigung betrage wird der Eigenthümer zugleich die Mittel erhalten, welche ihn z Anschaffung eines ausreichenden Ersatzes in den Stand setzen. Nur i die Voraussetzung, daß es an der Gelegenheit zur Anschaffung eines E satzes für das enteignete Grundeigenthum nicht fehle, nicht zutrifft, od wo ein durch die besonderen Umstände des Falles begründeter, durch ande weite Anschaffung nicht zu ersetzender Mehrwerth in Frage kommt, la es gerechtfertigt sein, eine andere Art der Werthsermittelung einzuschlage

Durch die Umstände des vorliegenden Falles ... ist aber eine Abweichu von der vorbezeichneten Regel nicht zu begründen. Es liegt kein Gru vor zu der Annahme, daß für ein Grundstück wie das hier fraglich welches seiner geringen Größe zufolge nicht einmal zu einer Fabrikanlag sondern nur zum Betriebe des Feldbrandes sich eignet, nicht ein Ers durch Erwerb eines ähnlichen, nicht minder zur Lehmsteinbereitung geeigneten Grundstücks in der dortigen Gegend gewonnen werden könnte. Trifft di zu, so kann die dem Kläger gebührende Entschädigung nur in dem i obigen Sinne zu bemessenden Verkaufswerthe des Grundstücks g funden werden. Selbstverständlich gebührt daneben dem Kläger au der Ersatz des Werthes der auf dem Grundstück für den Ziegeleibetri getroffenen Einrichtungen, insofern dieser Werth nicht schon in dem fe zustellenden Verkaufswerth des Grundstücks mitbegriffen sein sollte.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 27. Januar 1880 in der preuß (hessischen) Sache Walter w. Main-Weser-Eisenbahn. (St.)

---

217. Haftung des Reichsfiscus nach dem Gesetze vom 21. Decbr. 187 die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung vo Festungen betr., in Ansehung damals bereits bestehender Festungen.

Aus Anlaß des Reichsgesetzes vom 21. Decbr. 1871, betr. die B schränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen, e achtete sich der Mühlbesitzer Z. von Ingolstadt zu einer Entschädigungs forderung gegen den Reichsfiscus berechtigt, da sein Mühlanwesen, i ersten Festungsrayon gelegen, in Folge jenes Gesetzes namhaften Beschränkunge unterworfen und er insbesondere gehindert sei, dasselbe in eine Kunstmüh umzugestalten. Der beklagte Reichsfiscus bestritt diese Forderung u machte insbesondere geltend, daß der Bau der Festung Ingolstadt sch im Jahre 1827 begonnen und seit dem Jahre 1833 ein Rayon für d Festung gehandhabt worden sei. Dieser Rayon sei im Jahre 1858 dur Entschließung des Kriegsministeriums auf eine von den ausspringend Winkeln der äußersten Feuerlinien bemessene Entfernung von 974 Mete

festgesetzt worden. Diese Abgrenzung, in deren Bereich das Anwesen des Klägers gelegen, sei auch nach Verkündung des gedachten Reichsgesetzes vom 21. Decbr. 1871 beibehalten, als einziger Rayon für die Festung Ingolstadt. Hinsichtlich dieser Festung könne sohin nicht festgestellt werden, ob das klägerische Besitzthum im Sinne des angeführten Reichsgesetzes in den ersten, zweiten oder dritten Rayon falle und ob und welchen Beschränkungen dasselbe in Folge dieses Gesetzes unterliege. Auch seien die Beschränkungen, welche das Anwesen des Klägers wegen seiner Lage in der Nähe der Festung zu dulden habe, demselben schon vor dem Erscheinen des Gesetzes aufgelegt gewesen. — In der Replik wurde Letzteres vom Kläger bestritten.

Die Klage wurde durch Urtheile der beiden Instanzgerichte als unbegründet abgewiesen, und auch die vom Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Diese Entscheidung ist im Wesentlichen auf folgende Erwägungen gegründet:

Den primären und für sich allein ausreichenden Entscheidungsgrund, durch welchen der Berufungsrichter seinen Ausspruch rechtfertigt, bildet die Erwägung, daß wegen Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen, welche bei Erlassung des Reichsgesetzes schon bestanden, — von dem hier nicht gegebenen Falle einer Armirung abgesehen — auf Grund dieses Gesetzes eine Entschädigung überhaupt erst dann gefordert werden könne, wenn ein Neu- oder Verstärkungsbau stattfinde und in Folge dessen die Festungsrayons nach Vorschrift des Reichsgesetzes abgesteckt werden, daß es aber im gegebenen Falle an diesen Voraussetzungen mangle. Die Richtigkeit dieses Entscheidungsgrundes wird auch in Ansehung der ihm unterstellten rechtlichen Anschauung durch die ganze Anlage des Reichsgesetzes, durch dessen einzelne Bestimmungen und ihren Zusammenhang bewährt.

Indem § 34 Abs. 1 des Reichsgesetzes den Grundsatz ausspricht, daß das Reich für die in Folge dieses Gesetzes eintretenden Beschränkungen in der Benutzung des innerhalb der Rayons belegenen Grundeigenthums Entschädigung leistet, bezeichnet derselbe offenbar die allgemeinen Erfordernisse eines geltend zu machenden Entschädigungsanspruchs; diese bestehen hiernach darin, daß die einem Grundeigenthum auferlegten Beschränkungen an sich eine Folge des besagten Gesetzes sein müssen und daß das Grundeigenthum selbst innerhalb der Rayons und zwar der Rayons, wie sie das gedachte Reichsgesetz vorschreibt, gelegen sein muß. Die Bildung der Rayons nach den hierauf bezüglichen Vorschriften des Reichsgesetzes und die durch letzteres eintretenden Beschränkungen in der Benutzung des Eigenthums stehen nach Inhalt jenes Gesetzes in der engsten Verbindung, weshalb sich mit Grund sagen läßt, daß Beschränkungen des Eigenthums als Folge des Reichsgesetzes rechtlich nicht eher in Betracht kommen können, als bis

die Rayonlinien nach Maßgabe desselben abgegrenzt sind. Es erh
dies zuvörderst aus der in § 2 des Reichsgesetzes enthaltenen Bestimm
welcher gemäß die nächste Umgebung der Festungen behufs Feststellung
Beschränkungen in drei Rayons eingetheilt wird, worauf in den §§ 4—
des Gesetzes der Umfang jedes einzelnen Rayons und sodann in
§§ 13—22 die theils allen Rayons gemeinsam, theils nach den verschiede
Rayons verschieden abgestuften Beschränkungen verzeichnet werden. We
nun aber der Umfang jeden Rayons durch das Reichsgesetz besonders
regelt und das Maß der Beschränkungen, welche dieses Gesetz dem Grun
eigenthum auflegt, durch dessen Lage in dem einen oder andern Ray
bestimmt wird, so muß man schon durch diese Voraussetzungen an sich
dem nothwendigen Schluß geführt werden, daß solche Beschränkungen e
mit Bildung der Rayonlinien nach Maßgabe des Reichsgesetzes als
Folge des letzteren angesehen werden können und daß sonach auch vo
ein Entschädigungsanspruch gegen den Reichsfiscus wegen solcher
schränkungen nicht zur rechtlichen Entstehung gelangen kann. Diesem
den Bestimmungen des Reichsgesetzes abzuleitenden Grundsatze hat dasse
insbesondere auch durch die Vorschrift in § 8 Abs. 2, inhaltlich deren
gesetzlichen Beschränkungen in der Benutzung des Grundeigenthums vo
der Absteckung der Rayons an in Wirksamkeit treten, sowie durch die
§ 36 Abs. 2 und 3 enthaltene Anordnung Ausdruck gegeben, daß die
Entschädigung gewährte jährliche Rente sowie die Verzinsung des als E
schädigung gewährten Kapitals vom Tage der Absteckung der Rayonlini
an beginnt.

Ist jedoch die Bildung der Rayons nach Anleitung des Reichs
gesetzes eine Vorbedingung für Erhebung eines Entschädigungsanspruch
gegen das Reich, so ist auch nach dem weiteren Inhalt des Gesetzes gew
daß in Bezug auf die zur Zeit der Verkündung des fraglichen Gesetz
schon bestehenden Befestigungen ein derartiger Anspruch gegen das Rei
erst dann mit Erfolg geltend gemacht werden kann, wenn zu jenen B
festigungen ein Neu- oder Verstärkungsbau hinzukommt und
Zusammenhange mit dieser baulichen Veränderung die Rayons nunmeh
nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes abgegrenzt werden. Denn
§ 24 Abs. 1 findet sich die allgemeine Vorschrift, daß die bisherigen Rayo
bestehender Befestigungen bis zur Ausführung eines Neu- oder Verstärkung
baus unverändert bleiben sollen, und es ist nach § 25 Abs. 1 erst dann
wenn das bezeichnete Ereigniß eintritt, ein Rayonplan unter Zugrund
legung der im Reichsgesetze selbst bestimmten Rayons anzufertigen
gleichwie auch § 8 Abs. 1 die Absteckung der Rayons bloß bei Neuanlage
von Befestigungen vorsieht.

Andrerseits steht dem besagten Ergebniß der Gesetzesauslegung an
nicht der Inhalt des § 1 des Gesetzes entgegen, insofern hierin als Gege

stand der eintretenden Beschränkungen das Grundeigenthum in der nächsten Umgebung nicht bloß der in Zukunft anzulegenden, sondern auch der bereits vorhandenen permanenten Befestigungen erklärt wird. Denn diese Beschränkungen sollen immerhin auch der erwähnten Gesetzesstelle zufolge nur nach Maßgabe des Reichsgesetzes eintreten, also in Ansehung der schon bestehenden Befestigungen, wie die übrigen Bestimmungen desselben erkennen lassen, erst bei Ausführung eines Neu- oder Verstärkungsbaus und einer hierdurch nothwendig werdenden und nach Anleitung des genannten Reichsgesetzes vollzogenen Absteckung der Rayonlinien.

Auch die Aufschlüsse, welche sich aus der geschichtlichen Entstehung des Gesetzes für dessen Auslegung gewinnen lassen, sind nur geeignet, die Folgerungen als richtig zu bestätigen, welche in vorstehender Weise aus dem Gesetzestexte selbst und unmittelbar gezogen wurden. Der bezügliche Gesetzentwurf war von dem Reichstage zur Vorberathung an eine Commission verwiesen worden und wurde sodann in der Fassung, wie er sich nach den Commissionsvorschlägen gestaltete, in 2. und 3. Lesung ohne wesentliche Aenderung von dem Reichstage angenommen.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstages I. Legisl.-Periode 2. Sess. 1871 Bd. 1 S. 60 ff., 489 ff., 547 ff.

Sogleich bei der ersten Berathung der Gesetzesvorlage im Reichstage hat der Abg. Dr. Meyer von Thorn als einen Grundgedanken ausgesprochen, daß die Vorlage eine Entschädigung in zwei Fällen gewähre, nämlich einmal bei der neuen Anlage von Festungen oder bei der Erweiterung schon bestehender, und zweitens bei der Armirung im Kriege.

Vgl. Stenogr. Berichte a. a. O. S. 60 ff.

Der Inhalt der über den Gesetzentwurf stattgehabten Berathungen und die hierauf bezüglichen Beschlüsse des Reichstages geben nun in keiner Weise zu erkennen, daß jener Gesichtspunct verlassen und der Entschädigungspflicht des Reiches eine größere Ausdehnung beigelegt wurde, als sie in der hervorgehobenen Aeußerung des Dr. Meyer angedeutet war. Die für die Deutung des Gesetzes hauptsächlich maßgebenden Commissionsberathungen verfolgen ferner mit Nachdruck das Bestreben, das Reich vor jeder Haftung wegen Eigenthumsbeschränkungen zu bewahren, welche nicht durch die Bestimmungen des in Frage stehenden Reichsgesetzes selbst auferlegt worden sind. Zwar wurde mehrfach hervorgehoben, daß durch das neue Gesetz der Frage, ob nach der bisherigen Gesetzgebung eine Entschädigungspflicht auf Seiten eines einzelnen Bundesstaates bestehe oder nicht, in keiner Hinsicht präjudicirt werden solle.

Vgl. Stenogr. Berichte Bd. 2 Anlagen, Drucksachen Nr. 93 u. 120 (Commissionsbericht und Nachtrag zu solchem S. 227, 294).

Allein einzelne Versuche, für das Gesetz rückwirkende Kraft zu erlangen, wurden durchaus zurückgewiesen, und wurde als unzweifelhaft betrachtet,

daß eine Entschädigungspflicht des Reiches bisher nicht bestanden hal auch für die Vergangenheit nicht anerkannt werden wolle, vielmehr nur f die Zukunft wegen der Beschränkungen Platz greifen könne, welche sich a Folge des Reichsgesetzes selbst darstellen.

Stenogr. Berichte a. a. O. S. 294.

Nach solchen für den Sinn des Gesetzes entscheidenden Aeußerungen lä sich demselben nicht die Absicht zuschreiben, dem Reiche eine Verantwor lichkeit auch hinsichtlich der in ihrem ursprünglichen Umfange fortdauernd älteren Rayons zur Last zu legen, auf deren Entstehung die Reichsgese gebung keinen Einfluß gehabt hat.

Ist aber hiernach die Haftung des Reiches für die Einwirkung der b Erlassung des Reichsgesetzes schon vorhandenen Befestigungen auf ih Umgebung an und für sich erst dann begründet, wenn solche Befestigunge erweitert oder verstärkt wurden und in Verbindung hiermit eine Umbildun der Rayons eingetreten ist, so kann auch in der vorliegenden Rechtssach kein Zweifel darüber obwalten, daß dem Kläger gegen den Reichsfiscus ei Entschädigungsanspruch nicht zusteht. Denn nach der thatsächlichen Fes stellung des Berufungsgerichts liegt das Anwesen, auf welches sich di Entschädigungsforderung des Klägers bezieht, im Rayon der Hauptumfassun der Festung Ingolstadt, und hat sich seit Erlassung des Reichsgesetzes kei Vorkommniß ereignet, welches eine Aenderung des bei Erscheinen des Gesetze schon bestehenden einzigen Rayons jener Hauptumfassung nach sich gezoge hätte, also kein von dieser Wirkung begleiteter Neu- oder Verstärkungsbau. . .

Die Beschwerde hat auch die Anwendbarkeit des Abs. 1 § 34 des sog Rayongesetzes besonders berührt, indem sie die Frage aufwirft, ob denn de Reichsfiscus die Beschränkung, für welche Kläger Entschädigung fordert, dem Letzteren wirklich auferlegt habe, ob sonach die fragliche Beschränkung als eine Folge des Reichsgesetzes sich darstelle. Für Bejahung dieser Frage wird dabei angeführt, daß nach Inhalt des zweitrichterlichen Urtheils die Beschränkung in der Benutzung des klägerischen Besitzthums thatsächlich bestehe und das Gouvernement der Festung im Jahre 1874 selbst ausge- sprochen habe, daß das Gebiet, in welchem die Mühle des Klägers liegt, nach den Bestimmungen des Reichsrayonsgesetzes zu beurtheilen sei. Daraus aber, daß die bezeichnete Beschränkung thatsächlich besteht, kann um so weniger gefolgert werden, es sei dieselbe in Folge des Reichsgesetzes einge treten, als jene Beschränkung nach der Feststellung des Berufungsgerichts bereits vor Erlassung des Reichsgesetzes thatsächlich bestanden hat.

Endlich hat der Nichtigkeitskläger besonderes Gewicht auf die Thatsache gelegt, daß auch für die Hauptumfassung der Festung Ingolstadt ein Rayon plan festgestellt worden sei, und darauf hingewiesen, daß an diesen Umstand als die gesetzliche Vorbedingung die erwähnte Folge sich anknüpfe. Es ist wohl richtig, daß in der Thatgeschichte die Anlegung eines auf die Haupt

mfassung bezüglichen Rayonplanes erwähnt wird; jedoch geschieht eses mit dem Beisatze, daß dieser den unverändert gebliebenen nzigen Rayon jener Hauptumfassung enthalte. Die Anlegung eines der:tigen Rayonplanes stand nach § 25 a. a. O. bei einer bestehenden Festung ich in dem Ermessen der Commandantur. Entscheidend für den Eintritt r durch das Reichsgesetz aufgelegten Beschränkungen ist aber ein Rayonlan mit dem bezeichneten Inhalte nicht, da diese Beschränkungen erst mit eststellung der Rayons nach Vorschrift des Reichsgesetzes einteten können und ein Rayonplan daher die in diesem Gesetze selbst nach mfang und Wirkung verzeichneten Rayons zum Gegenstand haben müßte, enn er für die Frage der Entschädigung durch den Reichsfiscus von belang sein soll. Auch die in § 39 des Reichsgesetzes enthaltene Frist zur nmeldung von Ansprüchen wegen derartiger Beschränkungen hat einen olchen Plan im Sinne, welcher die nach Anleitung des Reichsgesetzes abgeckten Rayons enthält. Denn diese Gesetzesstelle wird in den Motiven ahin erläutert, daß es dem allseitigen Interesse entspreche, die Entschädigungsrage gleich bei der Anlage der Festung, beziehentlich der neuen Rayons m Ganzen und auf einmal zu regeln, weshalb vorgeschrieben sei, daß alle Entschädigungsansprüche binnen einer sechswöchentlichen Präclusivfrist nach Feststellung des Rayonplanes angemeldet werden müssen.

Vgl. Stenogr. Berichte a. a. O. Bd. 2 S. 30, 35 u. 229.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 29. April 1880. HV. Nr. 5442.

(v. L.)

---

218. Verpflichtung des schuldigen Ehemanns zur Alimentirung der geschiedenen Frau.

Vgl. Bd. 29 Nr. 245 u. d. dort. Nachw.

Durch rechtskräftiges Urtheil war die Ehe der nunmehrigen Streittheile aus Verschulden des Ehemannes dem Bande nach aufgelöst worden. Auf Grund dieses Urtheils hat die Ehefrau klageweise verschiedene Ansprüche gegen ihren Ehemann erhoben, und ist in dem jetzt von dem Beklagten mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochtenen Urtheile des Berufungsgerichts, entgegen dem Ausspruche des Erstrichters, der Beklagte schuldig erkannt worden, der Klägerin einen monatlichen Unterhaltungsbeitrag von 20 M. zu bezahlen.

Zur Begründung dieser in der Nichtigkeitsbeschwerde bestrittenen Verpflichtung wird in den Motiven des die Beschwerde verwerfenden oberstrichterlichen Urtheils bemerkt:

In dem gemeinen Rechte bestehen in Bezug auf die Frage, ob der Ehemann im Fall einer von ihm verschuldeten Trennung der Ehe zur

Alimentation der Frau, wenn diese nicht selbst zureichendes eigenes Vermögen besitzt, verpflichtet ist, verschiedene Meinungen. Für die Verneinung wird angeführt, daß die Alimentationspflicht des Ehemannes lediglich die rechtliche Folge der Ehe und deshalb mit deren Auflösung erloschen sei und daß die Veranlassung der Ehescheidung durch die Schuld des Mannes hieran nichts ändere, da es der Frau eigener Entschluß gewesen, die Trennung der Ehe herbeizuführen. Wenn dem entgegen der die Frage bejahenden Meinung beigepflichtet wird, so geschieht dies in der Erwägung, daß solche Alimentationspflicht des schuldigen Ehemannes aus dem Gesichtspunct des Schadensersatzes sich rechtfertigen läßt, indem die Ehefrau nicht der aus dem ehelichen Verhältniß für sie entsprungenen Vortheile, also auch nicht des Vortheiles ihrer Alimentation durch den Ehemann, durch dessen Schuld, ohne entsprechenden Schadensersatz zu erhalten, beraubt werden darf. Von einem der Ehefrau irgendwie Nachtheil bringenden Entschluß derselben die Trennung herbeizuführen kann in dem hier gegebenen Fall des Ehebruchs seitens des Ehemannes nicht gesprochen werden; denn der Ehefrau, von welcher doch nicht zu verlangen ist, daß sie die Untreue des Mannes geduldig trage und die Ehe mit demselben mit Gleichmuth fortsetze, ist keine Wahl gelassen; sie hat nur den einen Ausweg, den der Klage auf Ehescheidung.

Dies sind auch im Wesentlichen die Gründe, aus welchen sich Theorie und Rechtsprechung in überwiegender Weise dafür erklärt haben, daß der an der Ehescheidung, namentlich wegen Ehebruchs, die Schuld tragende Ehemann zur Alimentation der geschiedenen Frau in dem Falle verpflichtet ist, wenn diese eigenes Vermögen in zureichendem Maße nicht besitzt und das, was ihr aus dem Vermögen des Mannes als dessen Ehescheidungsstrafe zukommt, zu ihrem standesmäßigen Unterhalt nicht ausreicht.

Hagemann prakt. Erörterungen Bd. 8 Abth. 2 Nr. 4; Roth bayr. Civilrecht Bd 1 S. 295; Seuffert Archiv Bd. 25 Nr. 135, Bd. 29 Nr. 245.

In der Nichtigkeitsbeschwerde werden die Bestimmungen des röm. Rechts in den Titeln de divortiis et repudiis (24. 2) und soluto matr. (24. 3) als verletzt bezeichnet. Insofern aus diesen Digestentiteln hervorgehen soll, daß bei getrennter Ehe nur die Dos und die Früchte aus dieser für das Scheidungsjahr herauszugeben seien, so mag dagegen bemerkt werden, daß eben in Fällen, wo eine Dos nicht bestellt war, also Vermögen überhaupt nicht vorhanden ist, die Zuerkennung der Alimentationspflicht an den schuldigen Ehemann gerechtfertigt erscheint, wenn anders nicht die doch unschuldige Ehefrau durch die Ehescheidung in die hülfloseste Lage versetzt werden soll.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 24. März 1880. HV. Nr. 5321.

(v. L.)

219. Klagbarkeit eines Dotalversprechens.

Vgl. Bd. 2 Nr. 188; Bd. 11 Nr. 159.

Zwar ist richtig, daß ein nur der zukünftigen Frau von einem Dritten gegebenes Dotationsversprechen noch keine Bestellung der Brautgabe an den Mann enthält; wenn jedoch, wie hier, die Braut gewisse Vermögensgegenstände in die Ehe einwenden zu wollen erklärt und diese Zusage in dem unter Mitwirkung ihrer Eltern abgeschlossenen Ehevertrage gegeben wird, so ist ein solches Dotationsversprechen im Zweifel als von den Eltern ausgegangen zu erachten. Unter solchen Umständen erklären die Eltern der Braut nicht bloß ihre Einwilligung zum Abschlusse der Ehe, sondern übernehmen auch dem zukünftigen Ehemanne gegenüber die Dotationspflicht, und es erlangt der Letztere schon durch das bloße Versprechen der Brautgabe, das in einem solchen Falle als wirkliche Bestellung derselben erscheint, ein directes Klagerecht gegen die Eltern seiner Ehefrau.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 23. März 1880 in der preuß. (hessischen) Sache Stephan w. Knoblauch. (St.)

---

220. Factische Trennung der Ehegatten ist kein Hinderniß für die Anstellung der Dotalklage seitens des Ehemanns.

Vgl. Bd. 33 Nr. 43; Bd. 35 Nr. 37.

Ein Ehemann klagte gegen die Eltern seiner Ehefrau auf Vervollständigung der versprochenen Dos, nämlich auf Ausstellung von Cessionsurkunden in Betreff derjenigen Forderungen, welche als Brautgabe gegeben worden waren. In diesem Rechtsstreit intervenirte die Ehefrau und stellte unter Hinweis darauf, daß sich die Ehegatten schon seit einiger Zeit factisch getrennt hatten, der Klage die Einrede der Arglist und des nicht erfüllten Vertrags entgegen. Das Reichsgericht verwarf diese Einreden in folgender Erwägung:

Die Ehe zwischen dem Kläger und der Intervenientin ist vollzogen und die Brautgabe theils baar, theils durch Uebergabe von Forderungen geleistet worden. Die factische Trennung der Ehegatten hat aber bei dem rechtlichen Fortbestande der Ehe für den Kläger weder den Verlust der Brautgabe überhaupt, noch insbesondere die Verwirkung des Anspruchs auf Ausstellung der von ihm verlangten Cessionsurkunden zur Folge. Der Kläger handelt daher nicht arglistig, wenn er diesen Anspruch verfolgt. Auf der andern Seite erscheint die Aufnahme der Ehefrau in die Wohnung des Ehemannes so wenig wie die Verabreichung standesgemäßen Unterhalts an die Frau als Gegenleistung für die durch den Ehevertrag und die Bestellung der Brautgabe begründeten Rechte des

Mannes; jene Verbindlichkeiten und diese Rechte sind vielmehr unabhängig von einander. Allerdings ist die Brautgabe dazu bestimmt, einen Beitrag zu den Lasten der Ehe zu liefern, und insofern hat auch die Ehefrau ein Interesse an deren Erhaltung und deren Vortheilen; allein die Gesetze gewähren in dieser Beziehung — von gewissen hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen abgesehen — der Frau ein besonderes Rechtsschutzmittel nicht

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 23. März 1880 in der preuß (hessischen) Sache Stephan w. Knoblauch. (St.)

---

221. In der vertragsmäßigen Einführung ehelicher Gütergemeinschaft liegt keine Schenkung unter Ehegatten.

Vgl. Bd. 12 Nr. 167; Bd. 33 Nr. 138.

X schloß mit seiner Ehefrau nach etwa Jahresfrist nach ihrer Verheirathung einen Vertrag ab, in welchem für das damalige und das zukünftige Vermögen der Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft eingeführt wurde. Das der Ehefrau zustehende Grundvermögen wurde hierauf ihr und ihrem Ehemanne gemeinschaftlich, bezw. dem Ehemanne zur ideellen Hälfte, zugeschrieben. Außerdem bestand das Vermögen der Ehefrau in Werthpapieren ꝛc. Der Ehemann selbst war unvermögend. Nach einigen Jahren focht die Ehefrau diesen Vertrag, da er eine Schenkung ihrerseits an ihren Ehemann enthalte, als nichtig an. In oberster Instanz wurde die erhobene Klage abgewiesen. Gründe:

Die Oberappellantin meint irrig, dieselbe ratio, welche das gesetzliche Verbot der Schenkungen unter Gatten überhaupt motivire, müsse auch für Vermögensabtretungen so umfänglicher Art, wie sie hier in Rede stehen, ja für diese besonders wirksam werden. Gerade umgekehrt: die legis ratio läßt das Verbot unanwendbar erscheinen. Sie liegt in der Besorgniß, daß bei Freigabe der Schenkungen die Innigkeit der ehelichen Lebensgemeinschaft für egoistische Vermögensinteressen des einen oder andern Gatten ausgebeutet werden möchte (fr. 1, 2 de don. i. v. et ux. 24. 1). Diese Besorgniß kann sich aber unmöglich geltend machen, wo es sich um Herstellung eines Rechtsverhältnisses handelt, welches nach deutscher Anschauung recht eigentlich der Ausdruck der innigen Lebensgemeinschaft der Ehegatten in der Sphäre des Vermögensrechts ist und dieses auf eine Basis stellt, auf der es zur Vermeidung unwürdigen Mißbrauchs nicht erst des besondern Verbots der Liberalität bedarf. Es ist aber überhaupt unmöglich, in der vertragsmäßigen Constituirung der Gütergemeinschaft eine gegenseitige Schenkung des halben Vermögens zu sehen.

Der Ehevertrag läßt ganz ungewiß, welche der mannigfaltigen Gestaltungen der allgemeinen Gütergemeinschaft, die in Deutschland zur Zeit bestehen, constituirt werden sollte. Hatten die Contrahenten eine be

Formen mit Gesammteigenthum im Auge, so ließ sich von vorn herein schwer von einer Verringerung resp. Vermehrung des Vermögens eines jeden der beiden Gatten reden, wie solche bei der Schenkung vorausgesetzt wird. Hatten sie aber auch eine Gestaltung des Instituts im Auge, wo in Consequenz vertragsmäßiger Constituirung jeder Gatte das bisherige Eigenthum zur ideellen Hälfte zu Gunsten des Andern aufgiebt, so ist eine solche Aufgabe doch kein isolirtes, für sich zu beurtheilendes Rechtsgeschäft, sondern nur eine einzelne Seite eines das ganze Vermögen, ja die vermögensrechtliche Persönlichkeit der Gatten selbst ergreifenden, ihren ganzen künftigen Erwerb, ihre vorehelichen und ehelichen Schulden, ihre eigenen und ihrer Kinder Erbrechte berührenden und nach Befinden wesentlich alterirenden Vorgangs. Die einzelne Rechtswirkung der Gütergemeinschaft, wie sie in einer Aenderung des Eigenthumsverhältnisses zunächst nur für die Dauer der Ehe hervortritt, läßt sich gar nicht aus allen übrigen herausgreifen, und sich nicht nach dem Maßstab des augenblicklichen Werths der beiderseits eingebrachten Stücke abwägen und berechnen, wer dabei im Vortheil ist und um wie viel. . . .

Unterliegt sonach der Inhalt des libellirten Ehevertrags keiner gesetzlichen Einschränkung, so kann vollends eine solche nicht in dem Abschluß desselben während stehender Ehe an sich schon gefunden werden. Denn darüber kann nach der Entwicklung des ehelichen Güterrechts kein Zweifel obwalten, daß, seitdem der Güterstand überhaupt der Autonomie der Eheleute unterworfen worden ist, man eine solche zugelassen hat, gleichviel ob vor oder während der Ehe davon Gebrauch gemacht wurde. Statutarisch war dies zwar oft anders und auch neuere Legislationen haben hier Beschränkungen sanctionirt (vgl. z. B. Roth bayr. Civilrecht Bd. 1 § 52 Nr. 2—5 S. 297 f.; preuß. Landrecht Thl. II Tit. 1 § 354 f.); aber weder ist dies allgemein geschehen (anders z. B. das sächsische Civilgesetzbuch § 1695, gerade in Betreff der Gütergemeinschaft), noch können dergleichen particularrechtliche Bestimmungen für das gemeine Recht von Bedeutung werden.

Erk. des OAG. zu Jena v. 7. Februar 1879. Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen u. Anhalt Bd. 27 (N. F. Bd. 7) S. 68 ff. (X.)

---

222. Peculium adventitium irregulare*. Alimentationsansprüche der Kinder in einem von Gläubigern des Vaters gegen denselben eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahren**.

*Vgl. Bd. 3 Nr. 343, 358; Bd. 12 Nr. 43; Bd. 29 Nr. 230. — **Vgl. Bd. 1 Nr. 80; Bd. 3 Nr. 330, 338; Bd. 5 Nr. 296; Bd. 15 Nr. 270; Bd. 20 Nr. 222; Bd. 22 Nr. 153, 281. (Auch Bd. 34 Nr. 252.)

Der Vollmeier T. und dessen Ehefrau übergaben ihren Hof Nr. 1 zu Gr. mittels Contracts vom 1. März 1868 zu Eigenthum ihrem bereits

verheiratheten Sohne Heinrich T. in dessen Eigenschaft als Inhaber der väterlichen Gewalt über seine Kinder. Im § 4 des Contracts war bestimmt: „Die genannte Vollmeierstelle soll nicht vor dem Jahre 1892 auf eines der Kinder des Heinrich T. durch Wahl deren Vaters übergehen, vielmehr soll bis zu dem genannten Jahre der genannte Hof für Rechnung der sämmtlichen Kinder des Heinrich T. durch den mehrgenannten Heinrich T., den Vater der Kinder, verwaltet werden. Diese Verwaltung soll eine möglichst freie sein. Heinrich T. wird rücksichtlich dieser Vermögensverwaltung von der Pflicht der Inventarisirung, Rechnungsablage und Cautionspflicht befreit." — Als später die Firma E. M. u. S. wegen bedeutender gegen Heinrich T. ausgeklagter Wechselforderungen die Execution gegen denselben betrieb und zu dem Ende den an jenem Hofe seiner Kinder ihm zustehenden Nießbrauch mit Beschlag belegen ließ, bestritt der für die T.'schen Kinder ernannte Specialcurator interveniendo die Existenz eines solchen Nießbrauchs, weil der Hof auf Grund jenes Uebergabevertrags als peculium adventitium irregulare der Kinder zu betrachten sei, zugleich unter Berufung auf die Alimentationsansprüche der Kinder gegen ihren Vater, dessen etwaiger Nießbrauch nur dasjenige ergreifen könne, was nach Abzug der Alimentationskosten übrig bleibe. — Die Intervention ward in beiden Instanzen zurückgewiesen. — Gründe des Berufungsurtheils:

. . . Gleichfalls nur den Hof Nr. 1 bezielt der Einwand des Klägers, daß Heinrich T. aus dem Contracte vom 1. März 1868, weil er nach § 4 desselben nur für Rechnung seiner Kinder den Hof verwalten solle, einen Nießbrauch an dem Hofe garnicht erworben habe. Der Einwand ist aber mit Recht verworfen. Gesetzlicher Regel nach fällt dem Vater an jedem Erwerbe des Hauskindes der Nießbrauch zu, der Erwerb müßte denn ex substantia patris oder als ein castrensisches peculium gemacht sein. Soll die von einem Dritten dem Hauskinde gemachte Zuwendung dem väterlichen Nießbrauche ausnahmsweise nicht unterliegen, so bedarf es dazu einer mit entschiedener Bestimmtheit hierauf gerichteten Anordnung des Gebers, welcher dadurch wenn auch nicht nothwendig mit ausdrücklichen Worten den Nießbrauch des Vaters ausgeschlossen, doch jedenfalls so disponirt haben muß, daß nach seiner zweifellosen Absicht mit dem Inhalte seiner Verfügung ein Nießbrauch des Vaters geradezu unvereinbar erscheint (Nov. 117 cap. 1 pr. ea lege et conditione, ut etc. § 1 in f.; Seuffert Archiv Bd. 12 Nr. 43). Die Annahme jedoch, daß eine Bestimmung dieser Art durch die hervorgehobene Bemerkung im § 4 des Uebergabecontracts getroffen sei, unterliegt erheblichen Bedenken. Davon ganz zu schweigen, daß nach dem dort unmittelbar Vorhergehenden . . . das Hauptgewicht anscheinend auf die Worte „der sämmtlichen Kinder", nicht auf die Worte „für Rechnung" gelegt werden muß, so besagt auch die ganze Bemerkung keineswegs, daß die Nutzung

des Hofes, sondern nur, daß dessen Verwaltung für Rechnung der Kinder seitens des Heinrich T. geschehen solle. Es widerspricht aber in keiner Weise der Stellung, die der Vater zu dem sog. peculium adventitium *ordinarium* einnimmt, dieselbe dahin zu bezeichnen, daß er Güter dieser Art für Rechnung des Kindes verwalte; indem für ihn das Object solcher Verwaltung immer fremdes Eigenthum bleibt, welches er lediglich als Vertreter des Eigenthümers in Händen und namens des Eigenthümers, insbesondere auch in Processen über solche Güter, zu schützen hat. Als ein solcher Vertreter des Anerben im Colonate, wenn auch mit selbständiger Berechtigung, gilt sogar der Interimswirth, dessen Rechte noch weiter gehen als der väterliche Nießbrauch in Fällen der vorliegenden Art (Gerber System § 141). Die fraglichen Worte des Contracts ergeben darnach den vom Kläger hineingelegten Sinn keinenfalls mit irgend welcher Deutlichkeit; thatsächliche Behauptungen aber darüber, daß etwa dieser Sinn von den Contrahenten bei der Vertragseingehung erklärtermaßen mit jenen Ausdrücken verbunden worden sei, sind vom Kläger, sollten anders überhaupt derartige Behauptungen gegenüber dem urkundlichen Inhalte des Vertrags Beachtung finden können, nicht aufgestellt. . . .

. . . Ueber das Eigenthum an den Höfen, aus welchem die T.'schen Kinder geklagt haben, ist durch die gegen ihren Vater betriebene Zwangsvollstreckung, welche lediglich das servitutische Fruchtziehungsrecht des Letzteren zum Gegenstande hat, nicht disponirt und in jenes Eigenthum nicht störungsweise eingegriffen; wegen etwaiger Verstöße aber, welche bei dieser Zwangsvollstreckung gegen die Vorschriften über das Verfahren begangen werden sollten, würde zunächst nur der exequendus zu Einwendungen oder Beschwerden berechtigt sein. Dem steht hier namentlich auch nicht entgegen, was in 1. Instanz über die angeblich von der Durchführung der fraglichen Zwangsvollstreckung zu erwartende Gefährdung des Alimentationsrechts der T.'schen Kinder und über ein etwa hieraus herzuleitendes rechtliches Interesse dieser Kinder an der Sistirung der Execution geltend gemacht ist; denn die gesetzliche Alimentationsverbindlichkeit des Vaters bildet nicht eine auf seinem Nießbrauch an den Adventizgütern radicirte Last, ohne welche die Ausübung des Nießbrauchs einem Andern nicht überlassen werden dürfte, sondern beruht lediglich auf der Verwandtschaft und besteht gleichviel ob im einzelnen Falle Adventizgüter existiren und dem väterlichen Nießbrauch unterliegen oder nicht (Seuffert Archiv Bd. 5 Nr. 296). Die thatsächliche Einbuße aber, welche die Kinder in ihrer Alimentation dadurch erleiden mögen, daß ihrem Vater die fernere eigene Fruchtnutzung an den Adventitien oder überhaupt die eigene Ausübung seiner Vermögensrechte auf zwangsweises Andringen seiner Gläubiger entzogen wird, vermag die erhobene Eigenthumsklage nicht zu begründen.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 2. März 1880 i. S. des Specialcurators der 3 minderjährigen Kinder des Heinrich Tiedau in Gr. Hilligsfeld, Klägers, w. die Firma Ephraim Meyer u. Sohn zu Hannover, Beklagte, wegen Pfändung. (W.)

---

223. Dotationspflicht bei der Einkindschaft.

In einem von einem geeinkindschafteten Kinde gegen seinen Stiefvater angestrengten Proceß auf Dotation wurde erkannt:

Wenn endlich der Beklagte gegen die Klage einwendet, daß die Klägerin sich gegen seinen Willen verheirathet und ihn auf Grund des § 174 des Reichsstrafgesetzbuchs böslich denunciirt habe, so mag immerhin die Annahme eine berechtigte sein, daß für den leiblichen Vater gleich wie die Alimentationspflicht, so auch die Dotationspflicht dann in Wegfall komme, wenn das Kind seine kindlichen Pflichten gegen ihn gröblich verletzt; aber dieses kann nicht ohne Weiteres auf das durch Einkindschaftsvertrag entstandene Verhältniß übertragen werden. Denn richtiger Ansicht nach werden, wo nicht besondere Gesetze ein Anderes vorschreiben, durch die Einkindschaft nicht allgemein die Eltern- und Kindesrechte erworben, sondern nur vermögensrechtliche Wirkungen herbeigeführt. Klägerin verletzte daher durch die ihr zur Last gelegten Handlungen keine Kindespflichten.

Urtheil des OLG. zu Celle (1. Sen.) v. 10. Februar 1880 i. S. Hellwege w. Stegemann. (W.)

---

224. Senatusconsultum Libonianum*. Sind die Vorschriften desselben auch auf formlose letztwillige Verfügungen anwendbar, und ist der Beweis der Uebereinstimmung des Niedergeschriebenen mit dem Willen des Erblassers zuzulassen?

*Vgl. Bd. 17 Nr. 260 nebst Nachw.

Dem Kläger wurde in dem am 29. März 1879 errichteten Testamente des W. ein Vermächtniß von 1500 *M.* unter der Bedingung vermacht, wenn er den W. bis zu dessen Lebensende verpflegen werde. Weiter enthält das Testament die Bestimmung, daß sich Testirer die Errichtung von Testamentszetteln vorbehalte, welche, wenn sie von ihm geschrieben oder auch nur unterschrieben sein werden, die gleiche Wirkung wie das Testament selbst haben sollen. Bald nach Errichtung dieses Testaments zog W. aus dem Hause und der Pflege des Klägers fort und starb am 19. April 1879 bei einem Dritten. Man fand aber in seinem Nachlaß einen dem ganzen Contexte nach von dem Kläger geschriebenen, mit der Namensunterschrift des W. versehenen Testamentszettel vom 12. April 1879 des Inhalts, daß das zu Gunsten des Klägers angeordnete Legat auch dann Kraft haben und

bestehen bleiben solle, wenn der Testirer in einem andern Hause verpflegt werde und sterbe. Nach einer in Württemberg zum Gewohnheitsrecht gewordenen Rechtsansicht [1]) bedürfen derartige durch Testament bestätigte Codicille (sog. Testamentszettel) keine besondere Errichtungsform. Auf Grund des Testamentszettels verlangte Kläger von den Erben des W. die Entrichtung des Legats, wurde aber oberstrichterlich aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Die im Testamentszettel vom 12. April 1879 zu Gunsten des Klägers getroffene Verfügung kann nach den Grundsätzen des senatusconsultum Libonianum nicht zu Recht bestehen. Hiernach sind letztwillige, zu Gunsten desjenigen, welcher die Verfügung niedergeschrieben hat, getroffene Verfügungen ungültig, wofern nicht der Erblasser dieselben neben seiner Unterschrift noch besonders bestätigt (fr. 1 § 8, fr. 15 § 1 de leg. Corn. de falsis 48. 10; fr. 1 de his quae pro non script. 34. 8). Es wird nämlich darin, daß der Schreiber der letztwilligen Verfügung in derselben zu seinen Gunsten eine Bestimmung niederschreibt, eine verwerfliche, den Verdacht der Erbschleicherei begründende Handlung erblickt, welche unter Umständen sogar mit der Strafe der Fälschung bedroht wird (vgl. die angef. Gesetzesstellen und Vangerow Pand. Bd. 2 § 433 Anm. 2 Ziff. 6). Indem in diesem Sinne die von dem Schreiber der Verfügung zu seinen Gunsten niedergeschriebene Bestimmung für nicht geschrieben erklärt wird, wird diese Folgerung nicht ausgeschlossen, wenn der Schreiber auf andere Weise darthut, daß die zu seinen Gunsten getroffene Verfügung dem Willen des Erblassers entspreche, daß insbesondere der Letztere diese Verfügung dem Schreiber in die Feder dictirt habe (fr. 14 pr. de leg. Corn.; const. 2 u. 3 de his qui sibi adscrib. 9. 23; Seuffert Pand. § 520 Anm. 14, 15). Auch ist die Anwendbarkeit des Libonianischen Senatusconsults nicht auf förmliche letztwillige Verfügungen beschränkt. Denn es besteht keine gesetzliche Bestimmung, welche eine solche Beschränkung ausspricht; dasselbe wird vielmehr auf Testamente und Codicille schlechthin für anwendbar erklärt, und es erscheint bei den formlosen letztwilligen Verfügungen das Bedürfniß der mit diesem Senatusconsult bezweckten Sicherung der Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung mindestens ebenso dringend als bei den förmlichen. Ueberdies wird dessen Anwendbarkeit auf formlose letztwillige Verfügungen noch besonders dadurch bestätigt, daß dasselbe auf das Soldatentestament Anwendung findet (fr. 15 § 3 de test. mil. 29. 1; fr. 5 de his quae pro non script. 34. 8; Windscheid Pand. Bd. 3 § 546 Not. 4; Glück Commentar Bd. 42 S. 119), während bei diesem Testamente nach röm. Recht keine Form nöthig ist, vielmehr hierzu irgend welche Erklärung des letzten Willens genügt.

---

[1]) Vgl. Bd. 35 Nr. 42 nebst Nachw.

Hiernach ist es unrichtig, wenn der Unterrichter „das Princip" des senatusconsultum dahin beschränkt, daß durch dasselbe die Anwendbarkeit der Rechtsvermuthung, nach welcher bei dem Feststehen der Echtheit der Namensunterschrift die Echtheit der darüber stehenden Schrift bis zum Beweise des Gegentheils unterstellt wird, ausgeschlossen werde, und wenn er weiter der Ausnahmebestimmung des Senatusconsults, wonach eine zu Gunsten des Schreibers lautende Verfügung im Falle ausdrücklicher und eigenhändiger Bestätigung durch den Erblasser Geltung haben soll, die Bedeutung einer bei formlosen letztwilligen Verfügungen nicht anwendbaren Formvorschrift beilegt. Vielmehr wird einer vom Bedachten selbst niedergeschriebenen letztwilligen Verfügung, als auf einer verwerflichen Handlung beruhend, alle rechtliche Wirkung abgesprochen und kann dieselbe nicht durch den Nachweis, daß sie dem Willen des Erblassers entspreche, sondern in der Regel nur durch die Beifügung der ausdrücklichen eigenhändigen Bestätigung des Erblassers aufrecht erhalten werden."

Erk. des OLG. zu Stuttgart (2. Sen.) v. 12. Februar 1880 i. S. W. w. F. (P.)

---

225. Characteristisches der mortis causa donatio.

Vgl. Bd. 30 Nr. 46 u. d. dort. Nachw.[1]); Bd. 34 Nr. 297.

. . . Zwar kann dem ersten Richter darin nicht beigepflichtet werden, daß die Schenkung der Wittwe M. vom 13. Novbr. 1867 eine mortis causa donatio sei. Entscheidend dagegen spricht, daß Empfänger jener Schenkung der Schlachter S. und seine Erben sind. Dadurch hat die Schenkgeberin zu erkennen gegeben, daß sie bei Errichtung ihrer Disposition den Fall, daß sie die Beschenkten überlebe und daß deshalb die Schenkung eine kraftlose werde, nicht im Auge gehabt hat; eine mortis causa donatio aber ist eben nur die Schenkung, deren Perfection von dem Tode des Schenkers dergestalt abhängig gemacht wird, daß sie kraftlos ist, wenn dieser den Beschenkten überlebt oder wenigstens nicht gleichzeitig mit ihm verstirbt. . . .

Urtheil des OLG. zu Celle (1. Sen.) v. 10. Februar 1880 i. S. Schenk w. Schulz. (W.)

---

226. Annahme einer neuen Firma. Die Ortsverschiedenheit genügt zur Unterscheidung von bereits bestehenden Firmen.

Wenn Jemand eine neue Firma annimmt, so muß dieselbe nach Art 21 des HGB. sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde

[1]) l. daselbst Bd. 5 Nr. 131 statt Bd. 5 Nr. 134.

...nits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deut... unterscheiden. Daraus geht deutlich hervor, daß in dem Falle, daß ... Firmen an verschiedenen Orten ihren Sitz haben, das Gesetz schon allein ... der Ortsverschiedenheit ein genügendes Unterscheidungsmerkmal findet. ... vorliegenden Fall aber hat Klägerin ihren Sitz zu Apollinarisbrunnen ... Ahrweiler in Rheinpreußen; die verklagte Firma dagegen hat ihren Sitz ... Cronthal im Taunus, Provinz Hessen-Nassau. Das reicht schon hin, ... ein Zuwiderhandeln gegen den Art. 20 auszuschließen.

Erk. des Reichsgerichts (2. Sen.). Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1880 S. 81.

---

27. Der Handlungsgehülfe einer Handelsgesellschaft ist als solcher nicht zur Rechnungslegung an die einzelnen Gesellschafter verpflichtet.

Das AG. ging davon aus, daß der Mitverklagte B. auf Grund eines ...trages als Procurist die Geschäfte der Gesellschaft geführt habe und ...halb gesetzlich verpflichtet sei, den einzelnen Gesellschaftern als Herren ...s Geschäfts durch Rechnungslegung seine ganze Verwaltung klarzustellen ...d zu rechtfertigen. Die darauf gebaute Verurtheilung des B. zur Rech...ngslegung wurde höchstrichterlich vernichtet:

„Wenn man auch von der Incorrectheit des Ausdrucks „Procurist", ...cher nur für das Verhältniß nach Außen (für die Vertretung), an sich ...r nicht für das Verhältniß zum Principal rechtlich bedeutsam ist, ab...en kann, indem hier unter diesem Ausdruck offenbar derjenige Hand...ngsgehülfe gemeint ist, welchem der Betrieb eines ganzen Handelsgewerbes ...e wesentliche Beschränkung übertragen ist (vgl. hierüber v. Hahn Com...entar zum HGB. z. Art. 41, § 2), so ist doch die Annahme, als sei ...r in diesem Sinne aufgefaßte Procurist einer Handelsgesellschaft als ...cher verpflichtet, den einzelnen Gesellschaftern eine besondere umfassende ...d mit Belägen versehene Rechnung abzulegen, eine rechtsirrthümliche. ...n solcher Handlungsgehülfe ist nur zu einer ordnungsmäßigen Buch...rung verpflichtet, d. h. zur Führung von Büchern, aus welchen die ...delsgeschäfte und die Lage des Vermögens der Gesellschaft vollständig ...ersehen sind. Zur Führung der Bücher gehört auch deren regelmäßiger ...schluß. Die Bücher sind zur Einsichtnahme den Gesellschaftern offen zu ...ten. Ist der Handlungsgehülfe diesen Verpflichtungen nachgekommen, so ...t er vorläufig das Seinige gethan und hat abzuwarten, ob und welche ...klärungen im Einzelnen vom ihm verlangt, bzw. welche Einwendungen ...t gemacht werden."

Erk. des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 6. Decbr. 1879. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1880 S. 65.

---

228. Derjenige, welcher als technischer Leiter einer Fabrik angenommen ist, gehört nicht zu den Handlungsgehülfen im Sinne des HGB.

Vgl. Bd. 31 Nr. 301.

Dieses ist ausgesprochen in einem Erkenntniß des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 14. Februar 1880 in der preuß. Sache Deichler w. die Handlung Vorster u. Co., betr. Ansprüche aus einem Dienstvertrage. (Wek.)

---

229. Solidarische Haftung der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für die Wechselschulden der Gesellschaft.

Vgl. Bd. 7 Nr. 353; Bd. 27 Nr. 47; Bd. 33 Nr. 245.

„Nach der klaren Bestimmung im Art. 112 des HGB. haften die Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen. Es steht auch in der Wissenschaft und Rechtsprechung fest, daß diese Verpflichtung des Gesellschafters keine subsidiarische ist, daß vielmehr dem Gesellschaftsgläubiger die Befugniß zusteht, entweder gegen die Firma oder gegen einen der Theilhaber nach seiner Wahl die Klage zu erheben. — Von diesem Grundsatz bezüglich der aus Wechseln entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft eine Ausnahme zu machen, dafür ist ein innerer, dem Gesellschaftsrechte zu entnehmender Grund nicht ersichtlich. — Auch das Wechselrecht führt zu keinem andern Ergebniß. Der Nichtigkeitskläger bekämpft seine Haftung damit, daß nicht er, sondern eine Gesellschaft gleichen Namens, also ein von ihm verschiedenes Rechtssubject, den Klagewechsel ausgestellt habe. Dabei übersieht er aber gerade, daß er für die von diesem „andern Rechtssubjecte" eingegangenen Verbindlichkeiten in seiner unbestrittenen Eigenschaft als Gesellschafter solidarisch zu haften hat und daß eben durch die Wechselausstellung und Begebung eine Schuld der Gesellschaft und diese Haftung begründet worden ist, und da seine Verpflichtung nicht nur eine bloß subsidiarische ist, erscheint auch seine weitere Behauptung hinfällig, daß dieselbe zuerst gegen die Gesellschaft liquid gestellt werden müsse."

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 11. Novbr. 1879. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1880 S. 177.

---

230. Eidesleistung einer offenen Handelsgesellschaft[1]).

Vgl. Bd. 2 Nr. 337; Bd. 3 Nr. 220; Bd. 11 Nr. 196; Bd. 19 Nr. 84; Bd. 20 Nr. 242; Bd. 21 Nr. 144; Bd. 26 Nr. 291; Bd. 27 Nr. 273; Bd. 28 Nr. 168, 235; Bd. 29 Nr. 53; Bd. 32 Nr. 197, 354; Bd. 33 Nr. 82 (s. auch die folgende Nr.).

Die Frage, ob die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft, welcher ein Eid zugeschoben wird, diesen auf Verlangen des Gegners sämmtlich

[1]) Vgl. jetzt d. CPO. § 434.

zu schwören gehalten sind, ist im HGB. nicht direct entschieden, sondern nach den Landesgesetzen zu beurtheilen, da zu der gültigen Vertretung der Gesellschaft vor Gericht, welche nach Art. 117 jedem Gesellschafter zusteht, welcher von der Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen ist, die Leistung oder Verweigerung eines der Gesellschaft angetragenen oder auferlegten Eides, als eine rein persönliche Handlung, nicht gerechnet werden kann (Puchelt Commentar 2. Aufl. Bd. 1 S. 215). So ist auch neben der Bestimmung des Art. 227, wonach eine Actiengesellschaft durch ihren Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten wird, im Art. 232 in Beziehung auf Eidesleistungen der Gesellschaft noch besonders vorgeschrieben, daß solche durch den Vorstand geschehen müssen. Nach gemeinem Recht aber ist die aufgeworfene Frage der richtigen Ansicht zufolge dahin zu beantworten, daß der processualische Eid einer offenen Handelsgesellschaft von sämmtlichen Mitgliedern derselben geschworen werden muß. Ob man diese Annahme auf die Theorie zu gründen habe, wonach offene Handelsgesellschafter in Processen ihrer Firma als Streitgenossen, mithin als mehrere Inhaber eigener Sonderrechte, zu betrachten sein sollen, wie solches in dem Erkenntniß des ROHG. (Entsch. Bd. 6 S. 111)[1]) ausgesprochen ist (vgl. auch Renaud Lehrbuch des gemeinen Civilproceßrechts 2. Aufl. § 58), mag allerdings nicht unerheblichen Zweifeln unterliegen. Jedenfalls spricht für jene Annahme die Auffassung, welche das Wesen der offenen Handelsgesellschaft im HGB. dahin gefunden hat, daß das Gesellschaftsvermögen, wenn auch nicht als das Vermögen einer juristischen Person, so doch als eine von dem Privatvermögen der Gesellschafter rechtlich gesonderte Einheit und demgemäß ein Proceß der Firma als ein Proceß nicht der einzelnen Gesellschafter, sondern der Gesellschaft zu betrachten ist.

Entsch. des ROHG. Bd. 20 Nr. 54 S. 181; Seuffert Archiv Bd. 20 Nr. 157, 242, Bd. 21 Nr. 144, Bd. 26 Nr. 291.

Daraus folgt einestheils, daß das Resultat des Processes für die ganze Gesellschaft nur ein gleichmäßiges und einheitliches sein kann, anderntheils aber, daß ein durch Eidesleistung der Gesellschaft bedingtes obsiegliches Resultat nur dann erzielt werden kann, wenn die Leistung seitens sämmtlicher Gesellschafter, als der Träger oder Vertreter des einheitlichen Gesellschaftsvermögens, geschieht, während, wenn nur der eine Socius den Eid schwört, der andere denselben verweigert, eine Eidesleistung der Gesellschaft als solcher nicht stattgefunden hat. Hiergegen läßt sich auch nichts aus der Bestimmung im Art. 114 des HGB. folgern, nach welcher jeder zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter ermächtigt ist, alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vorzunehmen, und durch die Rechtsgeschäfte, welche er in ihrem Namen schließt, die Ge-

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 27 Nr. 273.

sellschaft berechtigt und verpflichtet wird. Denn in der Leistung eines assertorischen Eides liegt nicht sowohl ein Rechtsgeschäft, als vielmehr die Aussage einer Person über ihr Wissen und Glauben in Betreff factischer Verhältnisse, welche bei dem schon oben angedeuteten rein persönlichen Character dieser Handlung nicht mit der Wirkung für Andere, als ob darnach auch diese Andern selbst geschworen hätten, geschehen kann.

Zu dem nämlichen Ergebniß, nämlich daß alle Gesellschafter den Eid leisten müssen, gelangt auch das schon angeführte Urtheil des ROHG (Entsch. Bd. 6 S. 111) zugleich in Erwägung der Natur der offenen Handelsgesellschaft, zufolge deren der aus der Eidesweigerung des einen von mehreren Gesellschaftern sich ergebende Nachtheil die Gesammtheit der Gesellschafter treffen muß (vgl. auch Thöl Handelsrecht 5. Aufl. § 96 S. 321; Renaud a. a. O. § 59 in f.).

Daneben versteht es sich übrigens von selbst, daß die Fassung des Eides, ob solcher als Wahrheitseid oder nur de nescientia zu normiren, für jeden einzelnen Gesellschafter nach der thatsächlichen Lage des concreten Falles sich zu bestimmen hat.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 6. April 1880 i. S. Wellhausen w. die Firma Meyer u. Westen wegen Forderung. (W.)

---

231. Der seitens einer in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft zu leistende Eid ist von sämmtlichen Liquidatoren zu schwören, auch wenn jeder von ihnen allein zur Vertretung der Liquidationsfirma befugt ist[1].

Vgl. Bd. 33 Nr. 83 u. d. dort. Nachw. (s. auch die vorige Nr.).

„Der Appell.-Richter hat auf Ableistung des deferirten Eides seitens aller drei Liquidatoren resolvirt und die (streitige) Rückgabe des Wechsels für erwiesen erachtet, weil nur zwei Liquidatoren den Eid geleistet haben, der dritte, J. A., aber die Ableistung verweigert hat. — Das ROHG. (2. Sen.) hat in dem Erkenntniß vom 25. Juni 1873 (Entsch. Bd. 10 S. 356[2]) auf Grund des Art. 136 des HGB. überzeugend nachgewiesen, daß die einer offenen Handelsgesellschaft in Liquidation zugeschobenen Eide von sämmtlichen Liquidatoren abgeleistet werden müssen. Uebereinstimmend hiermit ist in dem Erkenntniß desselben Gerichtshofs vom 30. März 1878 (Entsch. Bd. 23 S. 311) ausgeführt, daß auch dann sämmtliche Liquidatoren den Eid zu leisten haben, wenn Jeder von ihnen allein ermächtigt ist, die Liquidationsfirma zu vertreten. Es wird dies analog aus dem Satze gerechtfertigt, daß vor der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ungeachtet Art. 114 alle von der Vertretung der Gesellschaft nicht ausgeschlossenen Gesellschafter

[1]) Vgl. jetzt d. CPO. § 436, 434.

[2]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 30 Nr. 163.

(Art. 115) zu schwören haben und die Eidesweigerung nur Eines derselben die Sachfälligkeit der Gesellschaft zur Folge hat. Auch der anderweitig vom ROHG. begründete Satz, daß das Recht und die Pflicht zur Eidesleistung über Gesellschaftsangelegenheiten durch die Befugniß bedingt ist, die Gesellschaft durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten (Entsch. Bd. 21 S. 344) [1]), steht hiermit im Einklang. Der Umstand, daß der eidesweigernde Mitliquidator J. A. ein Sohn des Beklagten ist, erscheint einflußlos. Auf die rechtliche Stellung der Liquidatoren Dritten gegenüber ist es ohne Einfluß, ob sie bei dem Ergebniß der Liquidation ein persönliches Interesse haben oder nicht (Entsch. Bd. 23 S. 313). Befürchtete die Klägerin Collusion, so hätte sie möglicherweise Schritte zur Beschaffung einer anderweitigen Vertretung thun können (Art. 133 Abs. 2, Art. 134). — Hiernach erscheint das Appell.-Erkenntniß gerechtfertigt."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 11. Februar 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Eilenberg u. Auerbach w. Auerbach. (Wck.)

---

232. Actiengesellschaften sind ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihres Unternehmens als Handelsgesellschaften anzusehen.

Vgl. Bd. 34 Nr. 57.

„Der Appell.-Richter nimmt mit Recht an, daß der streitige Kaufvertrag der schriftlichen Form nicht bedurft habe, weil die Klägerin als Kaufmann im Sinne des HGB. anzusehen und daher der unter den Parteien geschlossene Vertrag zu den Handelsgeschäften zu zählen sei. Nach dem Gesetze betr. die Commanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften vom 11. Juni 1870 (§ 1 Art. 5, Art. 208) sind die Actiengesellschaften als Handelsgesellschaften anzusehen, auch wenn der Gegenstand ihres Unternehmens in Handelsgeschäften nicht besteht, und gelten die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen in gleicher Weise für die Handelsgesellschaften. — Alle Geschäfte einer Actiengesellschaft müssen daher nach Art. 273 des HGB. als Handelsgeschäfte angesehen werden, soweit sie überhaupt nach den Vorschriften des HGB. zu solchen gerechnet werden können (vgl. Art. 275), ohne daß etwas darauf ankommt, ob der Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft ein Handelsgewerbe bildet oder nicht; denn alle Geschäfte einer Actiengesellschaft gehören zu ihrem Geschäftsbetrieb, und dieser gilt an sich als Handelsgewerbe. In dem vorliegenden Fall betrifft der streitige Kauf Kuxe, welche nach § 101 des preuß. Berggesetzes vom 24. Juni 1865 die Eigenschaft beweglicher Sachen haben; es handelt sich also nicht um einen solchen Vertrag, welcher nach den Vor-

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 33 Nr. 82.

schriften des HGB. kein Handelsgeschäft sein kann (vgl. Erk. des ROHG v. 6. Septbr. 1877 in Seuffert Archiv Bd. 34 Nr. 57)."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 20. März 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Actiengesellschaft für Rheinisch-Westphälische Industrie w. Ebbinghaus. (Wck.)

---

233. Ist es ein Handelsgeschäft, wenn ein Kaufmann die Lieferung von Fensterglas und die Verglasung der Fenster eines Gebäudes damit übernimmt?

Vgl. Bd. 33 Nr. 251 u. d. dort angef. Mitth.

Die Parteien haben einen Vertrag abgeschlossen, worin der Kläger, ein Kaufmann, gegen eine für die ganze Leistung bedungene Summe den Beklagten eine bestimmte Anzahl Scheiben Fensterglas zu liefern und dann die Fenster im Erdgeschoß und ersten Stock des beklagtischen Hauses zu verglasen übernimmt. Aus den Gründen:

Der Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung der Art. 271 bis 275 des HGB. richtet sich dagegen, daß ein Handelsgeschäft als vorliegend erachtet ist. Der Angriff ist unbegründet. Der Vertrag, durch welchen Kläger, ein Kaufmann, sich zur Lieferung von Glas und dessen Einsetzen in Fenster verpflichtete, war nicht ein Vertrag über eine unbewegliche Sache, und deshalb stand Art. 275 des HGB. nicht entgegen, daß ein Handelsgeschäft zu finden; der Vertrag konnte sehr wohl als Lieferungsvertrag über bewegliche Sachen unter Uebernahme einer Handlung als Nebenleistung aufgefaßt werden. Da Kläger Kaufmann ist, mußte der Vertrag nach Art. 273, 274 des HGB. als Handelsgeschäft angesehen werden, ohne daß es ein absolutes Handelsgeschäft nach Art. 271, 272 a. a. O. zu sein braucht, oder ein Handelsgeschäft auf Seiten des Beklagten (vgl. Art. 277 des HGB.).

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 25. Februar 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Gebr. Goldstein w. Rose. (Wck.)

---

234. Die Außerachtlassung der Verkaufsformen des Art. 315 des HGB. entzieht dem Gläubiger nicht das Recht, sich aus dem Erlöse vorzugsweise zu befriedigen.

Vgl. Bd. 30 Nr. 106.

Der nach Art. 313 des HGB. retentionsberechtigte Kläger hatte das Retentionsobject (10 Kisten Speck) nicht im Wege der Klage und executive Ermächtigung, sondern ohne gerichtliche Mitwirkung durch einen Makler zum Verkauf gebracht. Das AG. leitete hieraus eine Verwirkung des

Befugnisse aus dem Retentionsrecht ab und sprach dem Kläger das Recht ab, sich aus dem Erlöse vorzugsweise zu befriedigen. Dem hiergegen gerichteten Nichtigkeitsangriff des Klägers wurde stattgegeben:

„Allerdings hat der Art. 315 des HGB. den Retentionsgläubiger einfach für befugt erklärt, „im Wege der Klage gegen den Schuldner den Verkauf der Gegenstände zu beantragen"; es ist auch richtig, daß die leichteren Formen der Distraction, welche unter Umständen dem Pfandgläubiger, dem Verkäufer noch nicht tradirter Waare ꝛc. zu Gebot stehen, ihm absichtlich versagt sind (vgl. Prot. der Nürnb. Conf. S. 1348, 1355, 1356, 1421, 1423; Goldschmidt Handbuch S. 1049); es ist nicht minder wahr, daß das Retentionsrecht durch Verlust der Gewahrsam erlischt. Aber gerade diesen letzten Satz hat das Appell-Urtheil unzutreffend angewendet. Er würde zutreffen, wenn die retinirte Waare vernichtet, dem Inhaber ohne seinen Willen abhanden gekommen, oder von ihm nicht in Ausübung seines Retentionsrechts weggegeben wäre. Keiner dieser Fälle liegt vor; der Kläger hat gerade zwecks Realisirung seines Retentionsrechts die Waare verkaufen lassen, und die Frage ist die, ob, weil er sich hierbei in der vorgeschriebenen Form geirrt hat, die Veräußerung nicht als Realisirungsverkauf, sondern wider den Willen des Klägers als einfaches Aufgeben der Gewahrsam behandelt werden muß? Diese Frage ist zu verneinen. Allerdings sollte die vorgeschriebene Verkaufsform das Interesse des Schuldners sichern; aber daraus folgt nur, daß Vernachlässigung dieser Form, wenn sie den Schuldner geschädigt hat, den Gläubiger zum Schadensersatz verpflichtet, — ebenso, wie er nur schadensersatzpflichtig wird durch Verabsäumung der gleichfalls zum Schutz des Schuldners vorgeschriebenen Benachrichtigung.

Entsch. des ROHG. Bd. 10 S. 237 ff.; Laband in Goldschmidt's Ztschr. Bd. 9 S. 499; v. Hahn Commentar 2. Aufl. Bd. 2 S. 189.

Weder in den Berathungen der Nürnberger Conferenz ist angedeutet, noch im HGB. selbst ist ausgesprochen, daß ein Verstoß gegen die vorgeschriebene Verkaufsform Verwirkung der Befugniß aus dem Retentionsrecht zur Folge habe; diese Folge darf also nicht gezogen werden, da eine innere Nöthigung, jene Form als eine sacramentale aufzufassen, nicht besteht."

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 24. Juni 1879 in der preuß. Sache Herholz w. Fichtner. Entsch. des ROHG. Bd. 25 Nr. 55.

---

235. Die Clausel der Absendung „franco N. N." macht den Ort N. N. nicht zum Erfüllungsort.* Ist der vom Wohnort des Verkäufers verschiedene Ort der Absendung als Erfüllungsort anzusehen?** Beweislast beim Streit darüber, ob der Verkäufer die dem pränumerirten Preise entsprechende Quantität Waaren geliefert habe.

*Vgl. Bd. 30 Nr. 169 nebst Nachw.; Bd. 31 Nr. 195. — **Vgl. Bd. 4 Nr. 91; Bd. 24 Nr. 59; Bd. 25 Nr. 53.

Die klagende Handlung R. zu Gleiwitz bestellte bei dem in Budapest wohnenden Beklagten S. eine Parthie Roggen zur Absendung an ihre Filiale in Reichenbach. Als Preis war 15,50 ℳ pro 100 Kilogr. franco Breslau vereinbart. Die Klägerin sandte im Voraus einen bestimmten Betrag in Wechseln auf den Kaufpreis ein. Beklagter hat mehrere nicht in Budapest, sondern an zwei andern ungarischen Stationen verladene Waggons Roggen nach dem erwähnten Bestimmungsort abgesandt. Klägerin behauptet nun, ein geringeres Quantum Roggen erhalten zu haben, als ihr nach dem in Wechseln eingesandten Betrage zukomme, und verlangt Rückerstattung des zu viel Gezahlten. Beklagter behauptet dagegen, ein größeres Quantum, als Klägerin beanspruchen könne, geliefert zu haben.

Beide Instanzen sind davon ausgegangen, daß Klägerin beweispflichtig sei, und sind von diesem Standpunct aus zur Abweisung der Klage gelangt. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin wurde für begründet erachtet. Gründe:

„Der Appell.-Richter verlangt vom Kläger den Beweis, daß Beklagter nicht mehr als das in der Klage zugestandene Quantum geliefert habe. Dadurch verkennt er die Rechtsgrundsätze von der Beweislast, insbesondere, daß die Erfüllung einer Vertragspflicht demjenigen der Contrahenten im Bestreitungsfall zu erweisen obliegt, von welchem sie gefordert werden kann. Im vorliegenden Fall ist es unter den Parteien streitig, ob die vom Beklagten ausgeführten Roggensendungen so viel an Gewicht gehabt haben, daß dadurch nach Maßgabe des für 100 Kilogr. vereinbarten Preises die vom Kläger gezahlte Summe sich aufgezehrt hat. Beklagter, der solches behauptet und nach der Feststellung des Appell.-Richters verpflichtet sein würde, das vom Kläger bestrittene Quantum zu liefern, muß also auch dafür den Beweis erbringen. Die Vorauszahlung des Kaufpreises ist dabei ohne Einfluß. Ebensowenig wie dadurch die Vertragspflicht des Verklagten zur Lieferung der versprochenen Quantität sich ändert, ebensowenig läßt sich daraus ein zutreffender Grund für eine Aenderung der Beweislast entnehmen. Deshalb mußte das angef. Erk. vernichtet werden.

In der Sache selbst ist dem Appell.-Richter darin beizutreten, daß nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrage das vom Beklagten zu liefernde Quantum Roggen nicht in das Belieben des Verkäufers hat gestellt werden sollen, sondern fest bestimmt worden ist. Denn es ist un

streitig, daß Kläger dem Beklagten den Kaufpreis durch demnächst honorirte Accepte geschickt hat, in deren Annahme die Uebernahme der Verpflichtung gefunden werden muß, so viel zu liefern, als sich nach Maßgabe des vereinbarten Einheitspreises in Vergleichung mit der Summe des vorausgezahlten Kaufpreises ergab. Es trifft also bezüglich der Beweislast das vorher Gesagte auch bei freier Beurtheilung der Sache zu, und es ist Beklagter, welcher beweisen muß, daß er das versprochene Quantum geliefert hat. — Zur Feststellung des Beweisthemas ist ein weiterer Streitpunct zwischen den Parteien zu erörtern. Weil Beklagter übernommen hat, den Roggen nach Reichenbach zum Preise von 15,50 ℳ pro 100 Kilogr. franco Breslau abzusenden, ist Kläger der Meinung, Breslau sei vertragsmäßig als Erfüllungsort anzusehen, und es komme nicht darauf an, wie viel Roggen Beklagter abgesandt habe, sondern wie viel in Breslau angekommen sei. Dieser Auffassung steht aber Art. 345 des HGB. entgegen. Dafür, daß mit den Worten „franco Breslau" mehr als die Verpflichtung habe ausgedrückt werden sollen, die Transportkosten bis dorthin zu übernehmen, fehlt es nicht bloß an besondern Umständen, sondern es spricht gegen eine solche Auslegung, daß nicht Breslau, sondern Reichenbach als Bestimmungsort bedungen worden ist, wo sich eine Filiale der Klägerin befindet, während sie ihre Hauptniederlassung in Gleiwitz hat. Bei dieser Sachlage muß der mit dem Beklagten abgeschlossene Lieferungsvertrag als ein Distanzgeschäft aufgefaßt werden, bei welchem nach dem Art. 345 mit der Absendung der Waare die Gefahr auf den Käufer übergeht. Beklagter hat nun zwar nach seiner eigenen Behauptung den Roggen nicht an seinem Wohnort Budapest zur Bahn gegeben, sondern an zwei verschiedenen andern Stationen in Ungarn. Kläger erklärt aber selbst, es sei für ihn der Wohnort des Beklagten gleichgültig gewesen, Beklagter habe sich den Roggen von jedem andern beliebigen Orte außerhalb seines Wohnorts beschaffen mögen, wenn er ihn nur nach Breslau schaffte. Nach dieser Erklärung muß angenommen werden, es habe als Erfüllungsort jeder Platz in Ungarn gelten sollen, wo sich gerade die zu liefernde Waare befand. Deshalb ist Beweis darüber zu erheben, daß Beklagter das angegebene Gewichtsquantum abgesendet habe.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 31. März 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Handlung Rappaport w. Singer. (Wck.)

---

256. Abänderung der im Art. 343 des HGB. aufgestellten Formen des Selbsthülfeverkaufs durch Vertrag.

Vgl. Bd. 28 Nr. 52.

„Daraus, daß Art. 343 des HGB. unter Ausschluß der abweichenden Bestimmungen der Particulargesetze allgemeines Recht ist (Entsch. des

ROHG. Bd. 14 S. 291; Bd. 19 S. 340), ergiebt sich nichts für die Frage nach der Abänderlichkeit desselben durch Vertrag. Die Formen des Selbsthülfeverkaufs sind wesentlich den im Art. 311 vorgeschriebenen Formen für den Pfandverkauf entlehnt. Bei Berathung des Art. 311 in der Nürnberger Commission sind Anträge, die Aenderung der gesetzlichen Formen durch Vertrag zuzulassen, abgelehnt worden. Die Einwendungen gegen diese Anträge sind hauptsächlich daraus entnommen, daß das Verbot der lex commissoria sonst umgangen werden könnte, der Schuldner bei Abschließung des Pfandvertrags leicht sich auf harte Bedingungen einlassen werde. Die Commission hat aber auch nicht die vertragsmäßige Aenderung der Formen des Verkaufs verbieten, sondern die Frage über deren Zulässigkeit offen lassen wollen (vgl. Nürnb. Prot. S. 484, 485, 487, 493). Einer Aenderung der Formen des Verkaufs nach Art. 343 durch Vertrag können Rücksichten auf das Verbot der lex commissoria nicht entgegenstehen. Das öffentliche Recht könnte außerdem nur insofern in Betracht kommen, als es Selbsthülfe ohne gerichtliches Verfahren für unzulässig erklärt. Nachdem der Selbsthülfeverkauf als solcher gesetzlich zugelassen ist, handelt es sich nur noch um die Formen des Verkaufs, welche lediglich im Privatinteresse angeordnet sind; eine Aenderung dieser durch Vertrag widerspricht dem öffentlichen Recht nicht; sie ist nicht unzulässig (vgl. auch Entsch. des ROHG. Bd. 19 S. 92)."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (3. Sen.) v. 11. Septbr. 1879. Wallmann deutsche Juristenzeitung S. 810. (X.)

---

237. Art. 343 HGB. Selbsthülfeverkauf bei einer bereits übergebenen Waare. Begriff des Empfangnahmeverzugs.

Vgl. Bd. 29 Nr. 100; Bd. 30 Nr. 167.

Die beklagte Handlung C. u. R. in Liegnitz hat von dem Kläger K. in Jauer Gerste franco Bahnhof Jauer gekauft und geliefert erhalten. Sie stellte aber dann die Waare wegen mangelhafter Beschaffenheit dem Kläger zur Disposition. Der Kläger ließ sie schließlich auffordern, das Kaufgeld binnen 3 Tagen zu bezahlen, unter der Androhung, daß er sonst die Waare meistbietend verkaufen lassen werde. Da diese Aufforderung vergeblich blieb, ließ der Kläger die Gerste wieder abholen und öffentlich meistbietend verkaufen. Kläger beansprucht nun die Differenz zwischen dem Erlöse und dem vereinbarten Kaufpreise nebst Kosten und Spesen. — Die 2. Instanz hielt das Verfahren des Klägers für unzulässig, weil die gelieferte Gerste bereits factisch in den Besitz des Käufers übergegangen sei. Die hiergegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde für begründet erachtet. Aus den Gründen:

„Die beklagte Handlung hat die an sie bereits abgelieferte Gerste wegen angeblich dumpfiger Beschaffenheit dem Kläger zur Disposition gestellt und ist unter der Voraussetzung, daß diese Dispositionsstellung nicht gerechtfertigt war, mit der Empfangnahme in Verzug gerathen. Lediglich von diesem Verzuge in der Empfangnahme, d. h. von der verzögerten Erklärung des Empfängers, daß er die Waare in Erfüllung des Vertrags annehme, sind aber die alternativen Befugnisse des Verkäufers im Art. 343 des HGB., insbesondere die Befugniß zum öffentlichen Verkauf der Waare, abhängig gemacht. Es kommt nicht darauf an, ob die Tradition nach dem subsidiarisch zur Anwendung kommenden bürgerlichen Rechte des betreffenden Staats bereits als erfolgt anzusehen ist (Erk. des 2. Sen. des ROHG. v. 15. Februar 1873 Bd. 9 S. 77 [1]). Es macht auch keinen Unterschied, ob die Waare bereits factisch in den Besitz des Käufers gelangt ist."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 6. März 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Klemm w. Cohn u. Rosenberg. (Wck.)

---

238. Irrthümliche Aushändigung einer Waare an den ursprünglichen Destinatär durch den Frachtführer, nachdem der Absender die Aushändigung an einen andern Empfänger angeordnet hatte.* — Geht bei einem Distanzgeschäft durch die Aushändigung der Waare an den Frachtführer das Eigenthum auf den Käufer über?**

*Vgl. Bd. 21 Nr. 249. — **Vgl. Bd. 2 Nr. 86; Bd. 7 Nr. 7; Bd. 8 Nr. 76 u. d. dort. Nachw. Bd. 9 Nr. 128; Bd. 13 Nr. 82; Bd. 14 Nr. 23; Bd. 15 Nr. 21; Bd. 30 Nr. 120.

Der in Bochum in Westphalen wohnende Beklagte hatte bei dem Kaufmann S. in Kiel eine bestimmte Waare bestellt. Der Verkäufer übergab selbige in Kiel der Eisenbahn zur Beförderung an den Käufer, indem er Letzteren hiervon in Kenntniß setzte. Die Bergisch-Märkische Eisenbahngesellschaft lieferte als letzte Frachtführerin die Waare dem Käufer aus; fordert selbige aber jetzt zurück, indem sie behauptet: der Absender habe, bevor das Gut in Bochum angekommen, die Anweisung gegeben, dasselbe nicht an den Beklagten, sondern an seinen Agenten auszuhändigen; diese Weisung sei in Folge eines Versehens unbeachtet geblieben; die Ablieferung sei mithin aus einem Irrthum erfolgt. Beklagter bestritt diese Behauptungen und machte geltend, daß er mit der Absendung Eigenthümer der Waare geworden sei. — Die beiden ersten Instanzen haben die Klage abgewiesen. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin wurde aus folgenden Gründen für gerechtfertigt erachtet:

„Art. 402 des HGB. entbindet den Frachtführer von der Verpflichtung, den Anweisungen des Absenders Folge zu geben, sobald er nach Ankunft

[1]) Vgl. Bd. 30 Nr. 167 des Archivs.

des Guts am Ablieferungsorte den Frachtbrief an den darauf bezeichneten Empfänger abgegeben hat, und Art. 405 giebt dem bezeichneten Empfänger eine Klage in eigenem Namen gegen den am Ablieferungsorte eingetroffenen Frachtführer auf Uebergabe des Frachtbriefs und Auslieferung des Frachtguts, sofern nicht vor Anstellung der Klage dem Frachtführer eine nach Art. 402 noch zulässige Anweisung des Absenders wegen Zurückgabe des Guts oder dessen Auslieferung an einen Andern als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger zugegangen ist.

Mit Recht macht die Nichtigkeitsbeschwerde dem Appell.-Richter den Vorwurf der Verletzung dieser Artikel durch unpassende Anwendung. Denn der Appell.-Richter weist den Anspruch des Frachtführers auf Rückgabe des gegen die Anweisung des Absenders irrthümlich ausgelieferten Guts zurück, indem er diesen Fall unter Bezugnahme auf obige Gesetzesstellen demjenigen gleichstellt, in welchem eine Dispositionsänderung des Absenders rechtzeitig nicht erfolgt ist. Der vorliegende Fall einer solchen irrthümlichen Auslieferung des Frachtguts regelt sich nur unter Berücksichtigung der allgemeinen Vorschriften über die rechtlichen Folgen einer aus Irrthum geschehenen Leistung. Diese Erwägung führt zur Vernichtung des angef. Urtheils.

Zur Entscheidung in der Sache wurde ausgeführt:

„Es kann dahingestellt bleiben, von welcher Bedeutung es gewesen wäre, hätte Beklagter, wie er einwendet, das Eigenthum des Frachtguts bereits durch dessen Ueberlieferung an den Frachtführer erlangt. Denn der Erfüllungsort der Obligation ist im vorliegenden Falle unstreitig Kiel, und es kommt deshalb das dort herrschende gemeine Recht zur Anwendung für den ganzen Umfang der obligatorischen Rechte und Pflichten, also auch bezüglich der Uebergabe der gekauften Waare. Der Auffassung des erst. Richters, welcher lediglich aus dem Schweigen der Parteien über das anzuwendende Gesetz deren freiwillige Unterwerfung unter das preuß. allg. Landrecht folgert, kann nicht beigetreten werden. Ein solches Schweigen berechtigt hier, wo es sich nicht um fremdes Recht handelt, nur zu der Annahme, es sei eine Abweichung von der den gegebenen Verhältnissen entsprechenden Regel nicht gewollt. Nach gemeinem Recht ist es aber nicht controvers, daß die vom Verkäufer bewirkte Aushändigung der Waare an den Frachtführer zur Beförderung an den Käufer diesem ohne Weiteres nicht den Besitz und damit das Eigenthum überträgt, wie solches im § 1[1] Thl. I Tit. 11 des allg. Landrechts [1]) vorgesehen wird (vgl. Windscheid, Pandekten § 155). Es kommt also wesentlich nur in Frage, ob die Bedingungen der Rückforderung einer aus Irrthum erfolgten Leistung (§§ 18[1]

[1]) Diese Stelle lautet: „Unter Abwesenden ist die Uebergabe beweglicher Sachen vollzogen, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt, oder auf die Post gegeben, oder dem Fuhrmanne oder Schiffer überliefert worden."

178 ff. Thl. I Tit. 16 allg. Landr.) in rechtlicher und thatsächlicher Beziehung vorhanden sind.

Das dem Destinatär in Art. 405 des HGB. gegebene Recht, in eigenem Namen die Erfüllung des Frachtvertrags vom Frachtführer zu fordern, tritt nach klarer Bestimmung dieses und des Art. 406 nur unter der Voraussetzung ein, daß der zu Gunsten des Destinatärs zwischen dem Absender und dem Frachtführer abgeschlossene Frachtvertrag nicht vor der Erfüllung geändert wird dadurch, daß der Absender vor Aushändigung des Frachtbriefs über die am Orte der Ablieferung angekommene Waare — dem Anfang der Vertragserfüllung — dem Frachtführer die Anweisung zugehen läßt, nicht an den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger abzuliefern. Ist dies geschehen, so hat der Frachtführer diesem Empfänger gegenüber keine rechtliche Verbindlichkeit. Hat also im vorliegenden Fall der Absender eine solche Weisung ertheilt, so leistete die Klägerin durch die Auslieferung des Guts an den Beklagten eine Nichtschuld und es könnte dann nach Lage der Umstände auch nicht bezweifelt werden, daß die Leistung auf Grund des Irrthums erfolgt ist: die ändernde Anweisung des Absenders ist nicht geschehen. Der Beklagte kann der Condiction auch nicht mit Rücksicht auf § 180 Thl. I Tit. 16 des allg. Landrechts [1]) entgegenhalten, habe nur das erhalten, was ihm zukomme, nämlich die Uebergabe der fraglichen Waare. Denn zwischen ihm und der Klägerin würde es sich hier nur um die Rechte und Pflichten aus dem Frachtvertrage handeln, ob der Frachtführer erfüllt durch Auslieferung des Guts an den Empfänger nur den Frachtvertrag, und nicht den Vertrag, welcher zwischen dem Empfänger und dem Absender zum Abschluß gekommen ist und die Veranlassung für den Frachtvertrag bildet; er erfüllt und will nur erfüllen seine eigene Schuld, nicht die des Absenders. Der § 180 hat aber hier die Voraussetzung, daß der Leistende zugleich mit seiner Schuld auch eines Dritten zur Erfüllung bringen will.

Daß endlich die Klägerin für ihre Person legitimirt ist, die Rückgabe irrthümlich ausgelieferten Guts zu verlangen, folgt schon aus Art. 395 HGB., nach welchem der Frachtführer dem Absender für den Verlust Guts verantwortlich ist. Soll er dieser Verpflichtung im vollen Umge genügen, so müssen ihm auch die Mittel zustehen, das Verlorene der herbeizuschaffen. Verloren ist aber im Sinne des Gesetzes das chtgut für den Frachtführer, wenn er außer Stande ist, dasselbe nach timmung des Absenders auszuhändigen (vgl. Entsch. des ROHG. 4 S. 12).

---

[1]) „Erhielt der Empfänger durch die Zahlung nur das, was ihm wirklich zukam, so ist er zur Rückgabe nicht verpflichtet, wenngleich nicht der Zahlende, sondern ein Anderer ihm die Zahlung hätte leisten sollen."

Sonach sind im vorliegenden Falle alle Erfordernisse für die condictio indebiti vorhanden, wenn erwiesen wird, daß der Absender wirklich die Ablieferung des Guts an den Beklagten rechtzeitig untersagt hat."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 6. März 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Bergisch-Märkische Eisenbahngesellschaft w. Becker. (Wck.)

---

239. Begriff der Aushändigung des Frachtguts im Sinne des Art. 408 des HGB.

Vgl. Bd. 22 Nr. 161; Bd. 26 Nr. 65.

Der Fuhrmann N., welcher im Auftrage des Steinbruchbesitzers K. dem M. Steine zuzuführen hatte, lud auf dem Bauplatze des M. ein Fuder Steine ab, ohne daß dieser oder dessen Polier anwesend war. Die Steine aber kamen auf unaufgeklärt gebliebene Weise abhanden. Als nun N. gegen K. den Fuhrlohn einklagte, erhob dieser dagegen wegen der abhanden gekommenen Steine Ersatzanspruch. Der oberste Gerichtshof sprach sich hierüber im Wesentlichen folgendermaßen aus:

Als Frachtführer im Sinne des hier anzuwendenden HGB. hafte N. nach Art. 395 für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden sei, sofern er nicht beweise, daß der Verlust oder die Beschädigung in höherer Gewalt oder in der natürlichen Beschaffenheit des Guts den Entstehungsgrund habe. Die Frage, in welcher Art N. die Ablieferung der zum Transport übernommenen Steine zu bethätigen gehabt habe, sei daher vorliegenden Falls allerdings für eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz entscheidend, da Kläger die Haftung für den Verlust der Steine nur dann mit Erfolg ablehnen könne, wenn er vor dem Abhandenkommen derselben den Frachtvertrag bereits erfüllt gehabt habe.

Indem das Berufungsgericht dem zwischen N. und K. abgeschlossenen Frachtvertrage den Sinn zugeschrieben, daß N. dem M. die Steine in einer Weise zu überbringen gehabt habe, welche demselben eine beliebige Verfügung über sie ermöglichte, und daß deshalb M. oder einer seiner Leute von der Abladung der Steine am Bauplatze durch den Frachtführer in Kenntniß zu setzen gewesen wäre, so sei durch diese Entscheidung eine gesetzliche Vorschrift nicht verletzt worden. Denn diese Entscheidung stehe insbesondere im Einklange mit der rechtlichen Natur des Frachtvertrags, welcher den Transport einer Sache von einem Orte an einen andern zum Zweck ihrer Ablieferung an einen Empfangsberechtigten zu vermitteln bestimmt sei, wenn man erwäge, daß die Ablieferung einer Sache dem Empfangsberechtigten deren Uebernahme ermöglichen solle und vor Allem der Frachtführer in der Lage sei, dem Ersteren zu diesem Zwecke von der Ankunft

der zu transportirenden Sachen an dem Orte ihrer Bestimmung Kenntniß zu geben. Jene Entscheidung entspreche aber auch der Vorschrift des Art. 403 des HGB., wonach der Frachtführer verbunden sei, dem Empfangsberechtigten am Orte der Ablieferung das Frachtgut auszuhändigen, da unter einer Aushändigung nur eine demselben zur Kenntniß gebrachte Bereitstellung des Frachtguts an dem Orte verstanden werden könne (Entsch. des ROHG. Bd. 2 S. 255).

Eine von N. behauptete Uebung, gemäß welcher der Fuhrmann nach dem Abladen des Guts niemals zu warten brauche, bis Jemand komme und dasselbe förmlich übernehme, würde an sich noch nicht der Verpflichtung des Frachtführers im Wege stehen, den Empfangsberechtigten wenigstens von der Ankunft des Guts in Kenntniß zu setzen und hierdurch demselben die Uebernahme und Ueberwachung des Guts möglich zu machen. Zu einer weiteren Thätigkeit als dazu, daß die dem N. zum Transport übergebenen Steine an dem Bauplatze des M. abgeladen würden und dieser oder dessen Stellvertreter von dem Vorhandensein der Steine am Orte der Ablieferung Kenntniß erlange, sei jedoch N. weder nach dem Frachtvertrage, soweit dessen Inhalt festgestellt sei, noch nach gesetzlichen Vorschriften verbunden gewesen.

Erk. des obersten LG. f. Bayern v. 28. Octbr. 1879. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 45 S. 11 ff. (X.)

---

240. Der Frachtführer ist zur Einkassirung der Fracht vom Empfänger durch Gesetz verpflichtet; sein Regreß an den Absender ist durch Geltendmachung der ihm zur Erfüllung jener Verpflichtung gesetzlich eingeräumten Rechte bedingt. — Frachtbrief oder Ladeschein?

Vgl. Bd. 3 Nr. 196. (Bd. 26 Nr. 295; Bd. 32 Nr. 278 u. d. dort. Nachw.)

Einer Klage der Handelsfirma A. wider die Schiffsrheder- und Handelsfirma B. auf Zahlung von 1062 fl. 40 kr. wurde eine Compensationseinrede auf Grund folgenden Sachverhalts entgegengesetzt. Mitte März 1878 war zwischen A. und B. das Abkommen getroffen, daß B. für A. eine Ladung Kohlen von Aussig nach Wittenberge schaffe; hiervon verständigt, übernahm der Steuermann eines B.'schen Schiffs, C., laut eines bloß von ihm unterzeichneten „Frachtbriefs" vom 30. März die Kohlen zu der vereinbarten Fracht von 685 fl. 50 kr. und lieferte sie im April an den ihm von A. bezeichneten Empfänger D. ab. Der Empfänger D. hat die Fracht nicht bezahlt, und jetzt wollte B. deren Betrag mit 685 fl. 50 kr. gegen die Klagsumme compensiren. A. widersetzte sich dem in der Replik, weil C. die Fracht von dem D. hätte erheben sollen.

In 1. Instanz ward der Compensationseinrede Folge gegeben. Das OG. bestätigte diese Entscheidung und hob in den Gründen besonders hervor, daß ein Frachtbrief gesetzlich nicht den Frachtvertrag darstelle, sondern nur eine Beweisurkunde über denselben sei (HGB. Art. 391, 392) und überhaupt, um als Vertragsurkunde erscheinen zu können, von den Vertragsgenossen unterschrieben sein müsse. Mit Rücksicht auf die alleinige Unterschrift des Steuermanns C. sei der „Frachtbrief" vom 30. März nur als Ladeschein (HGB. Art. 413) zu behandeln.

Der oberste Gerichtshof gab indessen der Revisionsbeschwerde der Klägerin statt und verwarf die Compensationseinrede aus folgenden Gründen:

„Der zwischen A. und B. mündlich abgeschlossene Frachtvertrag enthält keine Bestimmung, von wem der Frachtführer die Fracht für das zu transportirende Gut zu erheben habe, und wurde ein Frachtbrief von dem Absender nicht ausgestellt; es kam daher die im Frachtverkehr natürlich entwickelte und auch aus den Bestimmungen der Art. 406, 409 und 412 HGB. sich ergebende Regel zur Geltung, wonach die beklagte Firma die Pflicht hatte, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers vorzugehen und durch ihren allenfalls mit Instructionen zu versehenden Schiffssteuermann die Fracht von D., als dem durch den Absender beim Verladen der Kohlen bestimmten Empfänger derselben, einzukassiren, bei nicht erfolgter Zahlung aber das ihr nach Art. 409 HGB. zugestandene Pfandrecht an dem Frachtgut geltend zu machen. Aus der Bestimmung des Art. 412 HGB. geht unzweifelhaft hervor, daß die Forderung des Frachtführers gegen den Absender bzw. Versender aus dem Frachtvertrage nur eine bedingte ist und gegen Letzteren ein Rückgriff seitens des Frachtführers, welcher das Gut an den Empfänger ohne Bezahlung der Fracht abgeliefert hatte, nur in dem Fall stattfindet, wenn der Frachtführer gemäß der Bestimmung des Art. 409 HGB. das Pfandrecht auf das abgelieferte Gut binnen 3 Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend gemacht hat, ohne Befriedigung erlangt zu haben. Indem nun die beklagte Firma die von der Klägerin versendeten Kohlen an D. am 20. April 1878 abgeliefert hat, ohne die Fracht einkassirt und ohne das gesetzliche Pfandrecht binnen 3 Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend gemacht zu haben, hat sie die ihr nach der Natur des Frachtverkehrs und nach dem Gesetz obliegende Pflicht verletzt und steht ihr deshalb gegen den Absender der Rückgriff nicht zu. Hieran ändert nicht etwas der Umstand, daß ihr die Klägerin beim Abschließen des Frachtvertrags den Empfänger der Kohlen, nämlich den D., nicht benannt hat. Der beklagten Firma konnte es bei Abschluß des Frachtvertrags nicht entgangen sein, daß die nachträgliche Benennung des Empfängers werde erfolgen müssen; die Zulässigkeit dieser späteren Benennung des Empfängers des Frachtguts und die Verbindlichkeit des Frachtführers zur Befolgung dieser Anweisung konnte bei Bestand der Vorschrift des

Art. 402 HGB. nicht zweifelhaft sein, und es kann insbesondere nicht mit Grund behauptet werden, daß durch diese erst später, und zwar in dem Ladeschein vom 30. März 1878, welchen sich A. durch den Steuermann der Beklagten ausstellen ließ, erfolgte Benennung des D. als Empfängers die Beklagte von der Pflicht, die Zahlung der Fracht von dem Empfänger zu fordern und event. das gesetzliche Pfandrecht in der im Art. 409 vorgezeichneten Weise bei sonstigem Verlust des Rückgriffs an den Absender geltend zu machen, befreit worden sei. Durch diesen Ladeschein, durch dessen Ausstellung die beklagte Firma als Frachtführer dem legitimirten Inhaber desselben verpflichtet wurde, das von dem Absender übernommene Gut an den Ablieferungsort zu transportiren und dort zu übergeben, wurde im Hinblick auf Art. 419 HGB. an den aus dem Frachtvertrage und aus dem Gesetze entspringenden Pflichten der Beklagten nichts geändert."

Erk. des obersten Gerichtshofes zu Wien v. 7. Januar 1880. Allg. österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1880 S. 51.

---

241. Amortisation eines Blancoaccepts auf Antrag je nachdem des verlierenden Acceptanten oder Trassanten.* — Klage des amortisirenden Trassanten auf Zahlung der Wechselsumme gegen den Blancoacceptanten?**

*Vgl. Bd. 34 Nr. 234. — **Vgl. Bd. 35 Nr. 73 nebst Nachw.

Der Art. 73 der allg. WO. giebt dem „Eigenthümer eines abhanden gekommenen Wechsels" zwei Befugnisse: die auf Amortisation des Wechsels und (nach Einleitung des Amortisationsverfahrens) die auf Zahlung gegen den Acceptanten. Beide müssen wohl unterschieden werden, wenn es sich nicht um einen fertigen Wechsel, sondern um ein sog. Blancoaccept handelt.

Ein Blancoaccept kann dem Acceptanten noch vor der Ausreichung oder auf dem Wege zu dem, dem es zugehen sollte, abhanden kommen. Obwohl die Amortisation in Gemäßheit des Art. 73 Schutz des Gläubigers bezweckt (Entsch. des ROHG. Bd. 6 S. 388), pflegt doch dem Acceptanten in solchem Fall das Amortisationsverfahren nicht versagt zu werden;

vgl. indeß Archiv f. WR. Bd. 8 S. 178; Hinschius preuß. Anw.-Zeitung 1865 S. 449; Löhr Centr.-Organ N. F. Bd. 2 S. 122; österr. Ger.-Zeitung 1874 S. 370.

Denn der Acceptant ist dem gutgläubigen Inhaber des demnächst ausgefüllten Wechsels wechselmäßig haftbar.

Ist das Blancoaccept demjenigen, welcher es als gewollter Trassant empfing, abhanden gekommen, bevor er die erforderliche Ausfüllung, namentlich seine Ausstellerunterschrift bewirkt hatte, so wird auch ihm, obwohl er einen Wechsel nicht verloren hat, das Amortisationsverfahren um seines Interesses willen gestattet. Dies Interesse kann namentlich aus seiner Verantwortung gegen den Acceptanten, dem eine bestimmte, nun nicht mehr gesicherte Art der Ausfüllung promittirt war, hervorgehen; es kann auf der dem Accep-

tanten übermachten Deckung beruhen, und es tritt besonders dann hervor, wenn das Accept „auf Schuld" gegeben war, der Empfänger (Trassant) also ohne Zurückgabe oder Kraftloserklärung des Accepts die Klage auf Bezahlung der Civilschuld gegen den Acceptanten nicht erheben kann.

Vgl. Löhr a. a. O. S. 120; Archiv f. WR. Bd. 16 S. 340; Borchardt allg. WO. 7. Aufl. Zus. 691.

Anders verhält es sich mit der Klage auf Bezahlung der Wechselsumme. Diese steht dem Empfänger des Blancoaccepts, der es vor seiner Ausstellerunterschrift verloren, gegen den Acceptanten auch nach erlangter Amortisation nicht zu. Das Amortisationsverfahren bezweckt und das Amortisationsurtel bewirkt, daß der amortisirte Wechsel als in dritter Hand nicht vorhanden gilt, mag er auch von einem Dritten besessen werden oder in der That nicht mehr existiren; er gilt vielmehr betreffs des Acceptanten als noch in der Hand des Verlierers (Trassanten) befindlich, und zwar so befindlich, wie er zur Zeit des Verlustes war, aber nicht so, wie er später bei Dritten geworden sein mag (durch Unterschriften, Veränderungen) oder in der Hand des Verlierers durch diesen hätte werden können. Die Beachtung möglicher Veränderungen durch Dritte würde den Zweck der Amortisation, d. h. Erhaltung der Rechte des Verlierers, vereiteln; die Beachtung der Befugniß des Verlierers aber, die Urkunde, wenn er sie noch hätte, zu verändern und zu ergänzen ist deshalb ausgeschlossen, weil die Existenz der Urkunde beim Verlierer nur fingirt wird, eine reelle Veränderung eines nur fingirten Schriftstückes aber unmöglich ist. Daraus folgt, daß dem Verlierer die Klage gegen den Acceptanten in Gemäßheit des Art. 73 der allg. WO. nur dann zusteht, wenn sie auf die Beschaffenheit des „Wechsels" zur Zeit des Verlustes gestützt werden kann. Sie gebührt ihm also nicht auf Grund eines amortisirten Blankets, wenn diesem ein essentiale (Art. 4 der WO.) — sei es die Summe, die Zahlungszeit oder die Ausstellerunterschrift — beim Verlust fehlte (Art. 7 der WO.).

Es ist nicht richtig, daß der höchste preuß. und der österr. Landesgerichtshof die entgegengesetzte Auffassung vertrete. Dieser nahm in seiner Entscheidung v. 21. Febr. 1866 (Archiv f. WR. Bd. 18 S. 404, 407) an, daß schon bei der Einleitung des Amortisationsverfahrens „der Wechsel in vollständig ausgefüllter Abschrift vorgelegen haben müsse", jener in seinem Erkenntniß v. 15. Mai 1877 (Entsch. Bd. 80 S. 64) — falls es sich in demselben nicht gar um Einklagung der Civilschuld handelte —, stützte sich auf die vom Instanzrichter supponirte Ausfüllung des Blankets vor Verlust, — beide also haben die Zahlungsklage des Art. 73 auf Grund eines amortisirten bloßen Blancoaccepts nicht zugelassen.

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 28. Febr. 1879 in einer preuß. Sache. Entsch. des ROHG. Bd. 25 Nr. 2.

242. Fälschung eines Wechsels durch Aenderung des Tags der Fälligkeit. Beweislast.

Vgl. Bd. 30 Nr. 287; Bd. 34 Nr. 67, 68.

Klägerin fordert, als Remittentin, aus einem rückläufigen, nach der Urkunde am 29. Septbr. 1878 fälligen Wechsel von dem Beklagten, als Aussteller, die Regreßsumme. Einwand: der Wechsel sei gefälscht, indem der ursprünglich auf den 20. Septbr. 1878 bestimmte Tag der Fälligkeit nach der Ausstellung ohne Wissen und Genehmigung des Beklagten verändert worden sei. — Aus den Gründen:

„Die Wechselobligation hat Wirkung und rechtliche Existenz nur im Umfange des durch den Scripturinhalt beurkundeten Willens, und jede Aenderung dieses Inhalts ohne Wissen und Zustimmung des Ausstellers ist Fälschung und zerstört, wenigstens dem Aussteller gegenüber und abgesehen von den Wirkungen weiterer Begebungen, das Wesen des ursprünglichen Wechsels. Die Vermuthung spricht bei anerkannter Unterschrift für die Richtigkeit des Wechselinhalts, und Sache des in Anspruch genommenen Ausstellers ist es, die Fälschung zu behaupten und zu beweisen. Sind Umstände vorhanden, welche im concreten Fall der vorgenommenen Aenderung des Wechselinhalts den Character der Fälschung nehmen, so ist die hierauf hinzielende Behauptung des Klägers nach proceßrechtlicher Sprachweise eine Replik, und für diese liegt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dem Behauptenden, also dem Kläger, die Beweislast ob (Entsch. des ROHG. Bd 13 S. 252).

Diesen Grundsatz verletzt der Appell-Richter, wenn er, nachdem der Beklagte die behauptete Fälschung bewiesen hat, von ihm auch noch den Beweis des Nichtvorhandenseins von Umständen — also hier des Nichtvorhandenseins der Genehmigung des Beklagten zu der Inhaltsveränderung — verlangt, durch welche in concreto der Begriff einer Fälschung ausgeschlossen wäre. Dieser Rechtsirrthum führt zur Vernichtung des Appell.-Urtheils.

In der Sache selbst kommt es auf den Beweis an, welchen die Klägerin über die behauptete Zustimmung des Beklagten zu der Veränderung des Verfalltags angetreten hat."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 11. Febr. 1880 in der preuß. Sache Straub w. Münzer u. Glogauer i. Liqu. (Wck.)

---

243. Wird der Bürge* (Wechselbürge) speciell im Handelsverkehr dadurch, daß der Gläubiger die Zahlungszeit (vom Wechsel**) dem Hauptschuldner prolongirt, befreit?

*Vgl. Bd. 27 Nr. 230 u. d. dort. Nachw. **Bd. 31 Nr. 375 u. d. angef. Mitth., sowie die folgende Nr.

„An sich gilt ... der Gläubiger einer betagten Forderung, vorausgesetzt, daß die Bürgschaft selbst nicht lediglich für eine bestimmte Zeit ge-

leistet und diese Zeit durch die Verlängerung nicht überschritten ist, gemeinrechtlich zur Verlängerung der Zahlungsfrist für befugt, ohne seinen Regreß an den Bürgen zu verlieren (vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 5 S. 354) [1]). Im Allgemeinen steht auch nichts entgegen, dies anzunehmen, wenn die Hauptschuld eine Wechselschuld und die Bürgschaft für den Hauptschuldner ebenfalls als eine wechselmäßige Verpflichtung übernommen ist; denn aus der für wechselmäßige Verpflichtungen characteristischen festbestimmten Fälligkeitszeit läßt sich nicht ohne Weiteres darauf schließen, daß auch die zum Grunde liegende Bürgschaft nach dem Willen der Parteien eine betagte sein solle, was vielmehr mit der von dem Bürgen übernommenen wechselmäßigen Verpflichtung, kraft deren der Gläubiger berechtigt ist, sich bis zum Ablauf der Verjährungszeit sogar principaliter an den Bürgen zu halten, wenig im Einklange stehen würde.

... Sowenig sich ganz im Allgemeinen behaupten läßt, daß bei handelsgeschäftlichen Bürgschaften die Betagung der Hauptforderung eo ipso eine entsprechende zeitliche Begrenzung der Bürgschaft involvire (vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 5 S. 358), ebensowenig läßt sich auch nur bei Bürgschaften für Wechselforderungen, wenn dieselben zugleich als Handelsgeschäfte zu beurtheilen sind, generell eine solche Beschränkung annehmen. Daß dies auf einem Handelsgebrauche im Sinne des Art. 1 des HGB. d. h. auf einem Handelsgewohnheitsrechte beruhe, hat der Beklagte selbst nicht behauptet. Es kann aber auch nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß es dem Willen der Contrahenten im kaufmännischen Verkehr entspreche oder das Gebräuchlichere sei (HGB. Art. 278 u. 279). Auch im kaufmännischen Verkehr werden daher zunächst die besonderen Umstände des einzelnen Falles entscheiden müssen." ...

Erk. des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 11. Septbr. 1875. Entsch. Bd. 18 S. 304, 305. (X.)

---

244. Die dem Aussteller eines eigenen Wechsels über die Verjährungszeit hinaus gewährte Prolongation vernichtet nicht die dem hierbei nicht zugezogenen Mitaussteller, welcher den Wechsel „als Bürge" unterzeichnet hat, zustehende Einrede der Verjährung.

Vgl. Bd. 31 Nr. 375 u. d. dort. Nachw., sowie die vorige Nr.

... Beklagte hat den eigenen, von J. B. ausgestellten Wechsel mitunterschrieben. Ungeachtet über ihrer Namensunterschrift die Worte „als Bürge" stehen, haftet sie dem Inhaber wechselmäßig (Art. 81 der WO.). Der Zusatz „als Bürge" ist wechselrechtlich irrelevant; er beschränkt nicht die volle wechselrechtliche Verpflichtung der Beklagten als Mitaussteller.

[1]) Vgl. dieses Archiv Bd. 27 Nr. 230.

und die Unterschrift allein bewirkt, daß die Beklagte dem Inhaber gegenüber wechselrechtlich nicht als Bürge, sondern als Aussteller in Betracht kommt.

Volkmar u. Löwy WR. S. 280; Hartmann WR. S. 346; Thöl WR. 4 Aufl. § 149 Not. 1 (S. 590) u. s. w.

Als Aussteller aber haftet sie dem Inhaber nur nach dem Inhalt des von ihr gezeichneten Wechsels; sie haftet ihm vermöge ihrer Mitunterschrift zwar vollständig wie ein Aussteller, aber auch nur wie ein Aussteller. Daraus folgt, daß dem Inhaber nicht zusteht, durch eine mit dem Mitaussteller des Wechsels vereinbarte Aenderung des Wechselinhalts, nämlich der Verfallzeit, die Haftung auch der Beklagten zu verändern. Solche Befugniß würde ihm unter Umständen zustehen können, wenn die Beklagte nur für die Schuld (Obligation) des Mitausstellers haftete: aber sie ist dem Inhaber nicht aus der Wechselausstellung des J. B., sondern aus ihrer Unterschrift, d. h. aus ihrer eigenen Wechselausstellung, obligirt. ... Die vom Appell.-Richter unterstellte, zwischen dem J. B. und dem klagenden Verein verabredete Hinausschiebung des Verfalltags also vermöchte nicht, der Beklagten eine länger währende wechselmäßige Verpflichtung aufzubürden, als die durch den von der Beklagten gezeichneten Verfalltag und den Art. 100 der WO. bestimmte. Denn Zustimmung der Beklagten zu dieser Verlängerung (vgl. Thöl a. a. O. S. 736) ist von dem Appell.-Richter nicht festgestellt, sondern für unerheblich erklärt. Er beruft sich hierbei auf die §§ 316 und 317 des allg. Landrechts Thl. I Tit. 14. Auch dies ist rechtsirrthümlich. Denn er selbst hat vollkommen zutreffend hervorgehoben, „daß der Kläger lediglich einen wechselmäßigen Anspruch geltend mache"; dieser Anspruch ist aber nicht der aus einer Bürgschaft, sondern der aus der Unterschrift des Wechselmitausstellers, und letztere constituirt für sich allein keineswegs zugleich eine civilrechtliche Bürgschaft[1]) ... Sonach war das Appell.-Urtheil zu vernichten.

In der Sache selbst ergiebt sich die Nothwendigkeit der Abweisung des klagenden Vereins mit seiner Klage aus dem bisher Dargelegten. Denn die Klage ist der Beklagten erst am 17. Januar 1878 zugestellt, also nach Ablauf der mit dem 18. Juli 1874 begonnenen Verjährung. Auch kann die Klage nur als die wechselmäßige gegen den Mitaussteller in Betracht kommen, weil sie auf keinen andern Hergang gestützt ist, als darauf, daß der Kläger „den Wechsel vom 18. April 1874 von J. B. ausgestellt und von der Beklagten verbürgt erhalten". — Die Berufung endlich auf die Entsch. des ROHG. Bd. 5 S. 358 und Bd. 18 S. 305 ist verfehlt, weil es sich in dem ersteren Fall nicht um einen Wechselanspruch, sondern um civilrechtliche Verbürgung für einen Wechselanspruch, in beiden nur um

[1]) Vgl. dieses Archiv Bd. 34 Nr. 209 u. d. dort. Nachw.

Befristung des Hauptschuldners innerhalb der wechselmäßigen Verjährungszeit handelte. . . .

Urtheil des ROHG. zu Leipzig v. 11. März 1879 in der preuß. Sa Oppenheim Nachf. w. Pölitzer Vorschußverein. Entsch. Bd. 25 Nr.

---

245. Dem Indossatar eines Wechsels, welcher gegen einen Vorindossant im Regreßwege klagt, kann die Einrede entgegengesetzt werden, Regreßklage sei im Auftrage des Ausstellers des Wechsels angestellt. Replik: dem Indossamente des Beklagten liege eine zu Gunsten Ausstellers übernommene Bürgschaft zu Grunde.

Vgl. Bd. 7 Nr. 348 (Bd. 24 Nr. 150; Bd. 30 Nr. 68); Bd. 32 Nr. 174 u. d. dort. Na unter **.

„Durch den vom Kläger abgelehnten Delat-Eid steht fest, daß rückläufig gewordene Wechsel von dem Aussteller R. eingelöst ist und der Kläger die gegenwärtige Regreßklage im Namen und im Auftrage Ausstellers angestellt hat. Wenn der Kläger daher auch, als Nachm des Beklagten, durch uneingeschränktes Indossament und durch den Be des Wechsels und Protestes formell zur Anstellung der Regreßklage legitim ist, so kann er doch das durch jene Eidesweigerung festgestellte Vertretung verhältniß nicht ignoriren und solches dem Einrederechte des Beklagt nicht entziehen. Der daraus entlehnte Einwand, auf eine Personeneinh des Klägers und Ausstellers gerichtet, entspringt aus einer unmittelbar und persönlichen Rechtsbeziehung zum Kläger. Daß nun aber der Ausstell des Wechsels R. durch die Einlösung des nothleidenden Wechsels Regreßrechte gegen den Beklagten, als Indossatar und Nachmann, hat, d ist eben so unbedenklich, als es unzweifelhaft ist, daß er nach dem Gru satze: dolo agit, qui petit, quod redditurus est, auch aus dem späte Indossamente, also als Nachmann des Beklagten, an Letzteren sich n regressiren kann.

Es behauptet nun aber der Kläger, daß dem Indossamente des klagten eine Bürgschaft für den Acceptanten zu Gunsten des Ausstellers zum Grunde liege. Wäre das der Fall — und ein Indossament ist d geeignet —, dann wäre in dieser Bürgschaftsleistung nothwendig ein V zicht seitens des Beklagten auf den Regreß an den Aussteller enthal und andrerseits würde auf der Grundlage dieses Bürgschaftsactes u dem Schutze des späteren Indossaments auch ein wechselmäßiger Rück für den Aussteller und Nachmann R. auf den Beklagten — für wel Rückgriff eben die Bürgschaft als Valutageschäft gilt — realisirbar R. käme dann nicht in seiner Qualität als Aussteller des Wechsels, sond als Indossatar und Nachmann des Beklagten in processualische und wech mäßige Beziehung. Da jenes, die wechselmäßigen Regreßrechte beeinflussen

echtsverhältniß die Parteien auch unmittelbar und persönlich betrifft, so t dasselbe auch von der Erörterung in diesem Processe nicht ausgeschlossen.

Zur Erörterung nach dieser Richtung war die Sache in die 1. Instanz ırückzuweisen."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) in der preuß. (landrechtl.) Sache Schulz w. Barlets. (Wck.)

---

46. Wie hat sich der mit der Erhebung des Protestes bei dem Domiliaten beauftragte Notar zu verhalten, wenn er den Domiciliaten persönlich in seinem Geschäftslocal nicht antrifft?

Vgl. Bd. 10 Nr. 279 Ziff. 5; Bd. 30 Nr. 276.

„Der Notar genügte den Vorschriften im Art. 88 Ziff. 2, 3 der WO., enn er im Geschäftslocal desjenigen, gegen welchen der Protest erhoben erden sollte, nach diesem, im vorliegenden Falle also nach dem Domiciliaten gl. WO. Art. 43), sich erkundigte und dessen Abwesenheit constatirte. s wäre die Pflicht des Domiciliaten (event. des Trassaten) gewesen, vorher ir den Fall der Abwesenheit des Domiciliaten selbst die nöthigen Vorhrungen zu treffen, damit diejenigen, welche eine Wechselzahlung begehrten, lche oder den geeigneten Bescheid erhielten. Zu dem Ende müßte in Abesenheit des Domiciliaten ein gehörig informirter Handlungsgehülfe n der zum Verkehr mit dem Publicum bestimmten Stelle des Geschäftsocals bereit stehen, selbst Rede und Antwort zu geben, oder bei der treffenden Person sich die nöthige Information zu der zu ertheilenden ntwort zu holen. Der Notar war weder berechtigt noch verpflichtet, durch immtliche Räume des Geschäftslocals zu gehen und jeden einzelnen Handlungsehülfen zu fragen, ob er in der Lage sei, den Wechsel zu bezahlen, oder in Begehren mit so lauter Stimme auszusprechen, daß es in allen Räumen nd von jedem einzelnen der darin befindlichen Handlungsgehülfen verlanden werden konnte und mußte. Der Notar hat vielmehr seiner Pflicht n vollem Maße genügt, wenn er im Geschäftslocal des Domiciliaten, achdem er die Abwesenheit des Domiciliaten selbst constatirt, mit demnigen Herrn, welcher dort bereit stand, ihm Rede und Antwort zu geben, erhandelte. Daß dieser in der Protesturkunde erwähnte Herr, dessen für en Act gleichgültiger Name in der Urkunde nicht angegeben zu werden rauchte, ein Handlungsgehülfe des Domiciliaten gewesen, ist außer Streit. Die von dem Verklagten gegen die Ordnungsmäßigkeit der vorgelegten Protesturkunde erhobenen Einwendungen sind daher zu verwerfen gewesen." . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 20. Octbr. 1875. Entscheidungen Bd. 18 S. 329, 330. (X.)

---

247. Bezeichnung des Remittenten; Verletzung des Art. 96 Nr. 3 der WO.

Vgl. Bd. 32 Nr. 178 nebst Nachw.

Der Beklagte hatte in Gemeinschaft mit zwei anderen Personen einen eigenen Wechsel über 6000 ℳ, datirt S. den 3. Juli 1877 und zahlbar „an die Ordre der hiesigen Kreissparkasse", als Aussteller unterschrieben. Auf die Bezahlung dieses Wechsels belangt, wendete der Beklagte ein, daß es dem Wechsel an einem wesentlichen Erforderniß fehle, da mit dem Ausdruck „hiesige Kreissparkasse" nur eine Kreissparkasse in S. gemeint sein könne, an letzterem Orte aber eine solche Kasse nicht existire und die Identität der Klägerin mit der im Wechsel bezeichneten Zahlungsempfängerin nicht aus dem Wechsel als urkundlich feststehend angenommen werden könne. Die Gerichte 1. und 2. Instanz wiesen die Klage zurück, das Reichsgericht vernichtete diese Urtheile und verurtheilte den Beklagten nach dem Antrag der Klägerin, indem es sich folgendermaßen aussprach:

Der zweite Richter nimmt an, daß nach den Worten des Klagewechsels die Zahlung an die Kreissparkasse zu S. versprochen sei, eine solche nicht existire, deshalb dem Wechsel das Erforderniß des Art. 96 Nr. 3 der WO. fehle. Dadurch verletzt er den gedachten Art. 96 Nr. 3. Dieser verlangt zwar, daß derjenige, an welchen die Zahlung versprochen wird, als eine Person oder eine Firma bezeichnet wird, nicht aber, daß diese Bezeichnung richtig ist und eine wirkliche Person oder Firma bezeichnet. Fehlt die Bezeichnung einer Person oder Firma, ist als derjenige, der die Zahlung empfangen soll, weder eine Person noch eine Firma bezeichnet, so ist nicht nur die betreffende Wechselerklärung unverbindlich, sondern auch die auf die Schrift gesetzten anderen Erklärungen, wie Indossament und Aval, haben nach Art. 7 der WO. keine Wechselkraft. Ist aber die Bezeichnung dessen, an den gezahlt werden soll, mit Worten, welche an sich eine Person oder Firma bezeichnen, erfolgt, ohne daß die Bezeichnung richtig ist, existirt also die Person oder Firma nicht, so hat zwar die betreffende Wechselerklärung selbstredend für die nicht existirende Person oder Firma keine Wirkung, das Schriftstück kann aber der Träger von Wechselerklärungen werden. So bei den sog. fingirten oder Kellerwechseln.

Der zweite Richter hat ferner den Art. 96 Nr. 3 der WO. auch durch die Annahme verletzt, daß eine nicht existirende Firma als Remittentin benannt sei. Nach diesem Gesetze soll der Name der Person oder die Firma, an welche die Zahlung geleistet werden soll, angegeben sein. Ob unter dem Namen der Person nur der bürgerliche Name einer physischen Person gemeint ist, also die juristischen Personen unter die „Firma" fallen, wie der zweite Richter anzunehmen scheint, oder ob dies nicht der Fall ist, wie in der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht wird, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls enthält Art. 96 Nr. 3 nicht eine Vorschrift darüber, wie die

ichnung des Namens der Person oder der Firma geschehen muß. Es et sich dies nach der Natur des bezeichneten Berechtigten. Der zweite ter fordert, daß die Firma vollständig bezeichnet sein muß, anscheinend Anschluß an eine Entscheidung des ROHG., Bd. 9 S. 328, wo in der nauen Bezeichnung einer Actiengesellschaft die Bezeichnung weder einer fischen noch einer juristischen Person, noch einer Firma gefunden worden . Im vorliegenden Fall handelt es sich aber um eine Kreissparkasse, he nach den diesfälligen gesetzlichen Vorschriften ein öffentliches Institut s Kreises bildet. Bei einer solchen ist der Natur der Sache nach zur weifelhaften Feststellung der Identität nicht eine genaue Angabe ihrer tlichen Bezeichnung erforderlich, wie dies bei Actiengesellschaften und fmännischen Firmen der Fall sein kann. Die Ausstellung eines Wechsels S., einem Orte des Kreises Cz., für die „hiesige Kreissparkasse" läßt en Zweifel, daß unter letzterer die Kreissparkasse des Kreises Cz. gemeint

Daß der zweite Richter dies verneint, ist nicht lediglich eine durch htigkeitsbeschwerde nicht anfechtbare thatsächliche Feststellung, sondern ht auf der rechtsirrthümlichen Auffassung, daß Art. 96 Nr. 3 der WO. mell eine vollständige Bezeichnung der fraglichen Sparkasse erfordere.

rk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 16. Decbr. 1879 i. S. Czarnikau w. Kühn. (St.)

---

3. Urheberrecht an Schriftwerken. Wissenschaftliche Artikel, zuerst in chriften veröffentlicht, dann als besonderes Werk in Verlag gegeben, dürfen von dem Autor nicht anderweitig herausgegeben werden.

Vgl. Bd. 4 Nr. 80; Bd. 28 Nr. 157.

Die letzte Rüge der Nichtigkeitsbeschwerde geht von der Annahme aus, die Artikel, welche der Angeklagte früher bereits in Zeitschriften ver- ntlicht gehabt, dadurch Gemeingut geworden, daß sie also, obschon von in das ältere, bei G. erschienene Werk aufgenommen, doch nicht dessen lagsrecht unterworfen seien, mithin von ihm (dem Angeklagten) auch in neuen Buch hätten reproducirt werden dürfen. Diese Aufstellung und darauf gestützte Behauptung der Verletzung des § 7 des Gesetzes vom Juni 1870 ist unbegründet. Es handelt sich um die in der Auslassung . . . bezeichneten Artikel in den Jahrgängen 1871 und 1872 der en Zeitschrift. Sie waren technologischen, wissenschaftlichen Inhalts. Angeklagte behielt, mangels abweichender Uebereinkunft mit dem Heraus- , an ihnen sein Autorrecht (§ 7 b des Gesetzes); nur durfte er sie Ablauf von zwei Jahren nicht anderweit abdrucken (§ 10 das.). Sie en also durch die Publication in der Zeitschrift nicht Gemeingut ch. des ROHG. Bd. 6 S. 171). . . . Ließ nun der Angeklagte dem- diese Artikel — zum Theil durch wörtliche Aufnahme, jedoch ohne

sie als solche zu markiren — Bestandtheile seines späteren einheitlich Werks über Ziegelbrennerei werden und gab er dies Werk so, wie es in ihm verfaßt war, dem G. in Verlag, so umfaßte dessen Verlagsrecht auch jene Bestandtheile, und der Angeklagte war deshalb zum neuen Abdruck derselben resp. der aus ihnen gebildeten 4. Abtheilung des älteren Werks dem Verlagsvertrag zuwider nicht befugt, ist vielmehr des Nachdrucks schuldig, wenn für den neuen Abdruck an sich der Thatbestand des Nachdrucks gegeben ist.

Urtheil des ROHG. (1. Sen.) zu Leipzig v. 21. März 1879 in d. preuß. Unterſ.-Sache w. P. L. Entscheidungen Bd. 25 Nr. 8.

---

249. Anwendung der Verwirkungsclauseln in Versicherungsbedingungen. Verwirkung der Conventionalstrafe; Voraussetzung derselben**.

*Vgl. Bd. 5 Nr. 2; Bd. 25 Nr. 170, 171; Bd. 26 Nr. 71; Bd. 27 Nr. 18; Bd. 28 Nr. 160, Bd. 29 Nr. 169. — **Vgl. Bd. 3 Nr. 37, 152; Bd. 6 Nr. 172; Bd. 9 Nr. 32; Bd. 10 Nr. Bd. 13 Nr. 217; Bd. 16 Nr. 205; Bd. 23 Nr. 251; Bd. 25 Nr. 101; Bd. 27 Nr. Bd. 30 Nr. 133; Bd. 31 Nr. 131, 322.

In den Policebedingungen, unter denen der Schuhmacher P. zu sein Mobiliar gegen Feuersgefahr versichert hatte, war bestimmt:

§ 6. Im Falle eines Brandes ist der Versicherte verpflichtet:

. . .

b) dem Agenten binnen 24 Stunden nach dem Brande denselben anzuzeig

c) binnen 3 Tagen nach dem Brande sich über alle denselben betreffenden U stände . . . vor seiner Ortspolizeibehörde vernehmen zu lassen und binnen 14 Ta eine beglaubigte Abschrift des darüber aufgenommenen Protocolls dem Agenten zusenden, Letzteres gleich der Anzeige ad b auf zuverlässigem Wege.

§ 13. Präjudizfälle. . . . Wenn der Versicherte eine der ihm nach §§ 4, 6 u obliegenden Pflichten nicht vollständig erfüllt . . ., so verliert er jeden Anspruch Entschädigung, und zwar für alle von der Anstalt ihm versicherten Gegenstände

Als P. auf Ersatz eines Brandschadens klagte, welcher ihn am 7. 1873 betroffen hatte, wandte die verklagte Versicherungsgesellschaft u. ein, Kläger habe den im § 6 lit. c vorgeschriebenen Verpflichtungen n genügt. Aus den Entscheidungsgründen des Berufungsrichters entneh wir Folgendes:

Dem angef. Erk. ist darin beizupflichten, daß der Beklagten diejen Rechte, welche ihr auf Grund der § 6c und 13 der allgemeinen Po bedingungen gegen einen Versicherungsnehmer wirklich erwachsen sind, Rücksicht darauf zugesprochen werden müssen, daß die Geltendmachung Anwendung dieser Vertragsbestimmungen eine Härte gegen den Versich mit sich bringen mag; denn eine solche Härte kann für sich allein k Grund bilden, der von dem Versicherten innerhalb der Grenzen s Dispositionsrechte vertragsmäßig abgegebenen, von der andern Seite accep

Erklärung, daß er in den durch jene Bedingungen der Police festgesetzten Fällen seiner Entschädigungsforderung verlustig sein wolle, im Widerspruch mit bekannten Regeln rechtliche Wirkung zu versagen. Daß nun der Kläger die Verpflichtungen, welche ihm in Gemäßheit des § 6c der Bedingungen nach dem Brande oblagen, erfüllt habe, behauptet er selbst nicht, und es ist ihm, soviel sein thatsächliches Vorbringen in 1. Instanz anlangt, auch darin von den vorigen Richtern nicht zu nahe getreten, daß durch sein angeblich beobachtetes Verhalten seine Nichterfüllung jener Verpflichtungen in keiner Weise ausgeglichen oder entschuldigt werden kann.

Dagegen sind die Behauptungen, welche der Kläger in jetziger Instanz, und zwar als neue Repliken zulässigerweise, in dieser Beziehung aufgestellt hat, wenigstens theilweise als erheblich anzusehen. Wie nämlich der Kläger angiebt, hat er durch den Brand seine Police verloren und in Folge dessen keine Kenntniß der nach § 6c der Bedingungen ihm nunmehr obliegenden Verbindlichkeiten gehabt, aber schon am Tage nach dem Brande, sowie nochmals am folgenden Tage bei dem Agenten der Beklagten nach den Versicherungsbedingungen sich erkundigt, von diesem jedoch die Antwort erhalten, er besitze die Bedingungen nicht, Kläger brauche weiter nichts zu thun, als was man von ihm verlangen werde. Allerdings wird durch diese Angaben nicht ersichtlich, daß dem Kläger die Erfüllung seiner fraglichen Obliegenheiten durch casus unmöglich geworden wäre; allein eine wahre Unmöglichkeit der Leistung bildet, vollends in Vertragsverhältnissen der hier vorliegenden Art, nicht den einzigen Grund, der den Schuldner im Fall seiner Nichterfüllung gegen den Eintritt eines contractlich übernommenen Strafnachtheils schützen kann. Wenngleich nämlich nach einigen Quellenbestimmungen, die das strenge Recht der Stipulation zur Anwendung bringen, eine Conventionalstrafe selbst dann verwirkt wird, wenn der Schuldner aus völlig unvermeidlicher Unbekanntschaft mit seiner Verpflichtung die Erfüllung unterließ (fr. 49 § 2, fr. 77 de V. O. 45. 1), so geben dagegen andere Stellen, von dem Princip der bona fides ausgehend, dem Schuldner eine Einrede gegen die Strafforderung, sobald ihm nur wegen der Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit eine Zurechnung nicht vorgeworfen werden kann (fr. 2 § 5, fr. 4 § 1, 2 si quis cautionibus 2. 11; fr. 21 § 9 de recept. 4. 8), und man wird für das heutige Recht diese letzteren Aussprüche jedenfalls da als entscheidend zu betrachten haben, wo nicht der concrete Vertrag mit voller Bestimmtheit die entgegengesetzte Willensmeinung ersehen läßt.

Vgl. v. Savigny Obligationenrecht Bd. 2 S. 280 ff.; Seuffert Archiv Bd. 3 Nr. 37 a. E., Bd. 16 Nr. 205.

... Prüft man aus diesem Gesichtspunct die obigen neuen Behauptungen des Klägers, so läßt sich freilich nicht verkennen, daß die Nichterfüllung einer contractlichen Verpflichtung im Allgemeinen nicht schon darum ent-

schuldigt werden kann, weil der Schuldner die Vertragsurkunde durch ca
verloren hat und in Folge dessen die Existenz und den Inhalt der da
sein eigenes Factum, nämlich durch seinen Vertragsschluß, von ihm üb
nommenen Verpflichtungen aus jener Urkunde sich rechtzeitig z
Bewußtsein zu bringen nicht im Stande ist. Allein in Verhältnissen w
hier vorliegenden Art ist einestheils die große Zahl verschiedenartiger, m
positiven Form- und Fristbestimmungen verbundener Detailvorschriften
berücksichtigen, welche die allgemeinen Versicherungsbedingungen für d
Versicherten enthalten und welche selbst der vorsichtigste und sorgsam
Mensch, vollends aber ein Mann von der Bildungsstufe des Klägers, ni
seinem Gedächtnisse genau einzuprägen pflegt, ohne dadurch mit Gru
dem Vorwurf einer Verschuldung sich auszusetzen, anderntheils aber au
der Umstand, daß die Erfüllungszeit für die sämmtlichen im § 6 dem Ve
sicherten auferlegten Verpflichtungen keine im Voraus fest bestimmte
sondern von dem plötzlichen und gar nicht vorherzusehenden Ereigniß ei
Brandes abhängt, so daß irgend eine vorbereitende Thätigkeit zu d
Zweck, die rechtzeitige Erfüllung zu sichern, dem Kläger nicht füglich
den Sinn kommen konnte. Unter diesen Umständen hieße es jede bil
Berücksichtigung der allgemeinen Lebensansichten über das Maß der
einem Versicherten zu erwartenden Sorgfalt aus den Augen setzen, w
man demselben in einem Fall der vom Kläger behaupteten Art den au
blicklichen Mangel genauer Kenntniß der hier fraglichen Vertragspflic
zum Verschulden zurechnen. — Allerdings kann zur Entlastung des Klä
der angebliche Verlust der Police allein nicht hinreichen; vielmehr m
derselbe außerdem in geeigneter Weise versucht haben, sich die nö
Bekanntschaft mit seinen Obliegenheiten zeitig zu verschaffen. In di
Hinsicht ist aber seine fernere Behauptung erheblich, bei dem Agenten
Beklagten in M. schon an den beiden ersten Tagen nach dem Brande n
den Versicherungsbedingungen vergeblich sich erkundigt zu haben, da
gegründeterweise erwarten durfte, daß er bei einem Agenten der Beklag
als dem zur Vermittlung von Vertragsabschlüssen bestellten Geschäftsf
derselben, ein Exemplar der allgemeinen Versicherungsbedingungen, w
regelmäßig einem jeden Versicherungsvertrage zum Grunde liegen, fi
würde. Ja, es muß der Kläger auch dann als entschuldigt gelten, w
ihm der Agent auf jene seine Anfrage nach den Policebedingungen erwi
haben sollte, der Kläger brauche nichts weiter zu thun, als was man
ihm verlangen werde. Denn wenn es auch noch so sehr dahinstehen m
ob der Agent nach seiner Stellung zu der Beklagten befugt gewesen w
den Kläger seiner fraglichen Vertragspflichten durch eine solche Aeuße
von Rechtswegen zu entheben, so würde doch auch in diesem Fall
Kläger die Nichterfüllung nicht füglich zuzurechnen sein, wo nicht gar
replica doli zur Seite stehen in Betracht, daß er alsdann von demjen

die Beklagte selbst zum Zweck der Entgegennahme des nach § 6c Bedingungen vom Kläger einzusendenden Protocolls bestellt hatte, über re Verpflichtung zu solcher Einsendung durch eine unrichtige Mittheilung äuscht, jedenfalls beruhigt worden wäre (arg. fr. 8 de naut. foen. 22. 2; 40 in f. de receptis 4. 8).

Hiernach ist der Kläger unter einstweiliger Aufhebung des angef. Erk. m Beweise seiner hervorgehobenen (in dieser Instanz aufgestellten) Be- uptungen zuzulassen.

Erk. des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 3. Novbr. 1874 i. S. Pape w. Leipziger Feuerversicherungsanstalt. (W.)

II. Civilproceß.

250. Anwaltszwang bei der Beschwerde. (CPO. §§ 74, 532.)

. . . Nach § 74 der CPO. müssen die Parteien sich vor den Land- richten und allen Gerichten höherer Instanz durch einen bei dem Proceß- richt zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. ese Vorschrift lautet allgemein und findet also, von den besondern Aus- hmen (§ 532 Abs. 2) abgesehen, auch auf die Beschwerde Anwendung, zwar in dem Sinn, daß die Beschwerdeschrift von einem bei dem Be- erdegericht zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten eingelegt den muß. Die Beschwerde bezweckt nämlich, wenn sie gleich regelmäßig dem Gericht eingelegt wird, von welchem oder von dessen Vorsitzendem angefochtene Entscheidung erlassen ist, wesentlich Abhülfe durch Ver- fung des im Instanzenzuge höheren Gerichts und ist wesentlich für das tere bestimmt; mithin muß das Beschwerdegericht als das Proceßgericht Sinn des § 74 angesehen werden.

In dem in Frage stehenden Fall, in welchem die Beschwerde sich auf en in 1. Instanz von einem Landgericht gefaßten Beschluß in Betreff Vollstreckungsverfahrens bezieht, liegt eine der Ausnahmen vom Anwalts- ng (§ 532 Abs. 2) nicht vor. Die von dem Beschwerdeführer selbst ver- te und eingereichte Beschwerde darf mithin nicht zugelassen werden, ohne es einer Prüfung unterzogen zu werden braucht, ob in den Ausnahms- en des § 532 Abs. 2 die Einlegung der Beschwerde auch durch Einreichung r von der Partei selbst verfaßten Beschwerdeschrift erfolgen kann.

Beschluß des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 31. Januar 1880 in der preuß. Sache Bergschmidt w. Grüne.

Da der 3. Senat des Reichsgerichts von dieser Entscheidung des 5. Senats, eil selbige die Frage betrifft, ob für die Beschwerde, abgesehen von den

Ausnahmsfällen, ein bei dem Beschwerdegericht zugelassener Rechtsan[walt] als Proceßbevollmächtigter zu bestellen sei, abweichen wollte, so wurde Entscheidung der bezüglichen, dem 3. Senat vorliegenden Sache vor vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts verwiesen (vgl. § 137 Gerichts verfassungsgesetz). Letztere haben in einem Beschluß vom 29. April 18[80] abweichend von dem 5. Senat die erwähnte Frage dahin entschieden: [die] Beschwerdeschrift sei, wenn sie bei dem beschwerenden Gericht [ein]gereicht werde, von einem bei diesem zugelassenen Rechtsanwalt als Bevoll[mächtigten] einzureichen; wenn selbige dagegen bei dem Beschwerdegericht eingereicht werde, so müsse ein bei dem letzteren zugelassener Rechtsanwalt als Bevollmächtigter fungiren. (Wck.)

---

251. Entschädigungsansprüche wegen durch widerrechtliche Verhaftung entzogenen Arbeitsverdienstes und verursachter Geschäftsverluste; Substantiirung derselben; casus mixtus.

Vgl. Bd. 4 Nr. 114; Bd. 12 Nr. 15; Bd. 13 Nr. 28, 150; Bd. 15 Nr. 8, 208, 209; Bd. 22 Nr. 150; Bd. 25 Nr. 13; Bd. 26 Nr. 132; Bd. 27 Nr. 29, 122, 231; Bd. [28] Nr. 21. Auch Bd. 26 Nr. 272; Bd. 34 Nr. 156 u. d. dort. Nachw.

Der Beklagte, zur Zeit des deutsch-französischen Krieges General-Gouverneur der Küstenlande und mit der vollziehenden Gewalt in dem ihm untergebenen Befehlsbezirk bekleidet, hatte am 9. Septbr. 1870 mehrere Führer der socialdemokratischen Partei in Braunschweig verhaften und bis zum 14. Novbr. dess. J. in Lötzen interniren lassen, an welchem Tage sie in Veranlassung eines gerichtlichen Haftbefehls vom 7. Novbr. s. J. im Interesse der gegen sie in Braunschweig wegen Hochverraths eingeleiteten Voruntersuchung in die dortigen Gefängnisse zurücktransportirt wurden. Diese Verhaftungen und Internirungen wurden demnächst in allen Instanzen für widerrechtlich anerkannt und der Beklagte auf Grund des braunschw. Gesetzes vom 4. Juli 1851 Nr. 27 für schuldig erklärt, den Klägern Genugthuung und Entschädigung zu leisten[1]), dies jedoch nur bis zum 14. Novbr. 1870 weil von diesem Tage an die Kläger sich in legal verfügter Untersuchungshaft befunden hätten.

I. Einer der Kläger, ein Gelbgießermeister, verlangte den Ersatz von 1 Thlr. 15 Gr. täglich für ¾ Jahr, weil er in seinem durch die lange Verhaftung und daran sich knüpfende Creditlosigkeit ꝛc. anfangs völlig ruinirt gewesenen Geschäft während ¾ Jahr nach seiner Entlassung so viel weniger verdient habe. Diese Forderung wurde in beiden Vorinstanzen wegen ungenügender thatsächlicher Begründung zurückgewiesen und die [Re]

[1]) S. oben Nr. 127.

dem Kläger zur Hand genommene Nichtigkeitsbeschwerde mit folgender Motivirung verworfen:

„Einestheils tritt in diesem Fall der Grundsatz, daß derjenige Schaden außer Berechnung gelassen werden muß, welcher auch ohne die Dazwischenkunft der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache eingetreten wäre, vorausgesetzt jedoch, daß die gleichartig wirkende zweite Ursache nicht selber erst durch die erste Ursache herbeigeführt ist (s. Mommsen zur Lehre v. d. Interesse S. 143, 146 ff., 153 ff., 171; Cohnfeldt die Lehre vom Interesse S. 138, 154 ff., 158 f.; Windscheid Pand. Bd. 2 § 258 Not. 15 Fall b), insofern ein, als der vom Kläger geschilderte und an sich nicht unwahrscheinliche Nachtheil für den Weiterbetrieb seines Geschäfts nach der eigenen Begründung des Klägers schon allein durch seine legal verfügte, die illegale Internirung der Zeit nach etwa um das Doppelte übersteigende Untersuchungshaft herbeigeführt sein würde; während es anderntheils, auch wenn zugegeben wird, daß der mangelhafte Gang des Geschäfts in den ersten 3/4 Jahren nach der Freilassung des Klägers noch deshalb um etwas gesteigert sein kann, weil es nicht bloß vom 14. Novbr., sondern schon vom 9. Septbr. 1870 an hat stillstehen müssen, doch eine Unmöglichkeit bleibt, durch irgend welche Beweismittel oder durch richterliche Arbitrirung den Einfluß ziffermäßig festzustellen, den das eine oder das andere Ereigniß in dieser Beziehung ausgeübt hat." . . .

II. Derselbe Kläger forderte eine Entschädigung von 2 Thlr. 15 Gr. für jeden Tag, an welchem er in Folge seiner Gefangenhaltung seinem damals in gutem Gange befindlichen Geschäfte, in welchem er insbesondere zur Zeit seiner Verhaftung immerfort vollkommen zu thun gehabt haben will, entzogen worden sei; er bezeichnete den geforderten Betrag als seinen ganz billig angeschlagenen reinen Verdienst. Der Beklagte bestritt diese Darstellung als unwahr und glaubte event. höchstens 1 Thlr. pro Tag zugestehen zu können. In sämmtlichen Instanzen wurde der Anspruch für hinreichend substantiirt erklärt; hierüber heißt es namentlich in der Entscheidung 3. Instanz:

„Die Darlegung der angeblich eingetretenen Einbuße enthält alles dasjenige, was billigerweise verlangt werden kann. Der Beweis eines in einer bestimmten Zeit durch Geschäftseinbußen eingetretenen Schadens kann mit völliger Gewißheit nur dann geführt werden, wenn das Geschäft im Betriebe geblieben und keine Störung eingetreten, also nur in dem Fall, wenn ein wirklich erzieltes Ergebniß dem Berechtigten rechtlich nicht zugute gekommen ist. Der vorliegenden Falls an und für sich erforderliche Beweis, daß das Geschäft des Klägers während der Zeit seiner durch den Beklagten verschuldeten Gefangenschaft in demselben Gange geblieben sein würde, wie dasselbe zur Zeit des Beginns derselben gewesen sein soll, wenn er nicht durch den Beklagten an der Fortführung gehindert

worden wäre, ist an sich unmöglich zu führen; diese Unmöglichkeit kann dem Kläger aber um deswillen nicht zur Last gelegt werden, weil es der Beklagte selber ist, der ihm die Möglichkeit des Fortbetriebes und damit die Möglichkeit der stricten Beweisführung entzogen hat. Es ist daher vollständig gerechtfertigt, wenn für eine derartige Beweisführung auf Erfahrungssätze und sonstige Wahrscheinlichkeitsgründe recurrirt wird, wenn insbesondere das frühere Ergebniß eines Geschäftsbetriebs in der zu vermuthenden Voraussetzung, daß bisher vorhanden gewesene und nicht außergewöhnliche Verhältnisse bis auf Weiteres dieselben geblieben sein würden, sowie daß der Geschäftsinhaber als bonus paterfamilias es an derjenigen Thätigkeit, durch welche das bisherige Ergebniß erzielt worden, auch für die Folgezeit nicht würde haben fehlen lassen, auch für die letztere, zumal wenn diese von beschränkter Dauer ist, als maßgebend angenommen wird (vgl. — statt weiterer Citate — Mommsen zur Lehre v. d. Interesse S. 146 f., S. 174 ff., S. 181 ff.). Eben so wenig ist aber auch der Vorwurf, daß es an jeder Art der Schadensberechnung fehle, gegründet, da als die beiden Factoren derselben, nämlich der tägliche reine Verdienst, welchen der Kläger durch seine Thätigkeit in dem von ihm betriebenen näher bezeichneten Geschäft in der Zeit vor seiner Verhaftung (durchschnittlich) erzielt haben will, und die Zahl der Tage, an welchen er unthätig bleiben mußte, angegeben sind und auch die erstere Angabe zur Eröffnung einer Beweisinstanz durch Zeugen und Sachverständige ausreichend ist." . . .

III. Ein anderer der Kläger, welcher nach der Klage mit seinem Vater zusammen ein kaufmännisches Geschäft betrieb, forderte zunächst Vergütung der durch die während seiner Gefangenschaft nothwendig gewordene Annahme eines Buchhalters entstandenen Ausgaben. Dieser Anspruch wurde — in der Beschränkung auf die 66 Tage der Internirung in Lötzen — in allen Instanzen, Beweis vorausgesetzt, zuerkannt. In dieser Beziehung heißt es in dem Erkenntniß letzter Instanz:

„Daß, wenn die Annahme eines Buchhalters durch die nothgedrungene Abwesenheit des Klägers erforderlich wurde, die allgemeine Haftpflicht des Beklagten auch die Aufwendung für einen solchen als einen directen Schaden begreift, ist im Ernst nicht zu bestreiten. Ebenso kann es von vorn herein nicht bezweifelt werden, daß die Verhinderung des einen von mehreren Theilhabern eines nur einigermaßen ansehnlichen Geschäfts, insbesondere des jüngeren Theilhabers, und wenn diese Verhinderung als eine voraussichtlich längere sich herausstellt, regelmäßig eine Aushülfe erforderlich macht, so daß es einer weiteren Motivirung als der vom Kläger gegebenen nicht bedurft hat (vgl. z. B. Entsch. des ROHG. Bd. 1 S. 32 ff.; Bd. 13 S. 107 f.).... Höchstens könnte ein Bedenken hinsichtlich der Activlegitimation des Klägers auftauchen, da es zweifelhaft bleibt, inwiefern die für das Geschäft entstandene Ausgabe für einen Buchhalter als Schaden allein des Klägers

be geltend gemacht werden können; doch hat der Beklagte hieraus eine eanstandung der klägerischen Forderung nicht hergenommen."

Ein zweiter Entschädigungsanspruch desselben Klägers war wörtlich lgendermaßen substantiirt:

„Im Geschäfte des Klägers, welcher bei den vorgerückten Jahren seines Vaters das Haupt und der rüstigste Arbeiter darin ist, sind jährlich 150000 bis 200000 Thlr. umgesetzt (Beweis: Eid). Bei einem so bedeutenden Geschäft hat in Folge der Abwesenheit des Hauptfactors darin, des Klägers, der Verlust durch Entziehung der Kräfte desselben in diesem Geschäft à Tag wenigstens 5 Thlr., der Verlust, für 120 Tage berechnet, also im Ganzen 600 Thlr. betragen (Beweis: Sachverständiger Kaufmann St. in Braunschweig)."

Dieser Anspruch wurde in letzter Instanz angebrachtermaßen abgewiesen:

„Es soll nicht bestritten werden, daß, wenn der Beklagte in der That er eigentliche Disponent in einem so ansehnlichen Geschäfte, wie von ihm ugegeben wird, gewesen ist, durch seine unfreiwillige monatelange Abesenheit erhebliche Nachtheile entstanden sein können, sowie daß Nachheile dieser Art durch die Annahme eines nur für die Erledigung unterordneter Geschäfte bestimmten Buchhalters keineswegs, wie der Beklagte eint, mit Nothwendigkeit zu vermeiden gewesen sind. Es soll ferner kein ewicht darauf gelegt werden, daß die Frage, inwiefern der Schaden, elcher das dem Kläger mit dessen Vater gemeinschaftliche Geschäft betroffen aben soll, ausschließlich dem Kläger zur Last gefallen sei, nicht aufgeklärt t, da ein derartiger Mangel der Activlegitimation, weil er vom Beklagten icht gerügt ist, nicht berücksichtigt werden darf. Endlich soll auch nicht rkannt werden, daß bei Schadensliquidationen der vorliegenden Art . . . n Gunsten des Verletzten hinsichtlich der Substantiirung und Beweisührung insofern eine gewisse Erleichterung stattfindet, als schon der geöhnliche Lauf der Dinge und unter Umständen auch ein in hohem Grade ahrscheinlicher Erfolg berücksichtigt wird.

Allein diese Erleichterung hat ihre Grenze theils darin, daß nicht eder beliebige nur mögliche Gewinn (für dessen Erzielung eine Wahrscheinlichkeit weder nach den gewöhnlichen noch nach concret nachweisbaren, beonderen Umständen besteht) geltend gemacht werden kann, theils darin, daß lle diejenigen Thatsachen, auf welche die Wirklichkeit des angeblichen chadens und die Höhe des Betrages desselben gestützt werden sollen, mit icher Specialität und Bestimmtheit angegeben werden müssen, daß darauf in eine Einlassung erfolgen, bzw., wenn noch nöthig, ein Beweisverfahren ngeleitet werden kann:

vgl. Seuffert Archiv Bd. 12 Nr. 199; Bd. 14 Nr. 269 S. 243; Bd. 18 Nr. 52; Bd. 26 Nr. 272; Bd. 30 Nr. 186; Bd. 31 Nr. 72 unter II.

An diesen Erfordernissen fehlt es aber der vorliegenden Liquidation i jeder Hinsicht. Inhalts derselben wird ein Verlust, den das von dem läger betriebene Geschäft erlitten haben soll, in Rechnung gebracht. Da

ein directer Schaden nicht behauptet ist, so kann nur von einem entzogenen Gewinn die Rede sein, und da auch in dieser Beziehung nähere Specialisirungen nicht gemacht sind, zugleich aber die Wirklichkeit, nicht bloß die Möglichkeit eines solchen Nachtheils wenigstens behauptet sein muß, so kann die Liquidation des Klägers nur dann aufrecht erhalten werden, wenn man — und das wird der Intention des Klägers auch entsprechen — unter dem erlittenen „Verlust" versteht: daß das von ihm geleitete Geschäft nicht einen solchen Ertrag ergeben habe, als es abgeworfen haben würde, wenn der Kläger während der in Betracht kommenden Zeit seine Arbeitskraft als Disponent oder, wie er sich ausdrückt, als Hauptfactor demselben hätte widmen können. Darnach ergeben sich die Factoren der Schadensliquidation von selbst; nämlich als Gegenstand des Schadens: der „Verlust" des Geschäfts, d. i. der wirkliche Mindererertrag — ein solcher hätte durch Vergleichung der entsprechenden Abschlüsse mit denen früherer und späterer gleichartiger Perioden bewiesen oder doch wahrscheinlich gemacht werden können; sodann als schadenbringende Ursache: die vom Beklagten zu vertretende Abwesenheit des Klägers, jedoch nicht ohne die Nachweisung, daß und inwiefern gerade des Klägers Abwesenheit auf die Ergebnisse im Verhältniß zu denen der gleichartigen Perioden von schädlichem Einfluß gewesen sei.

Weder diesen nahe liegenden, wenn auch immerhin für die Beweisführung die in solchen Fällen unvermeidlichen Schwierigkeiten bietenden Weg, noch einen ähnlichen hat jedoch der Kläger eingeschlagen. Er beschränkt sich statt dessen darauf, den angeblich entstandenen „Verlust" lediglich dahin zu specificiren, daß 1. das Geschäft einen bestimmten Umfang gehabt habe, auf den nach der Höhe des Umsatzes geschlossen werden soll, und daß 2. die gezwungene Unthätigkeit desjenigen von den beiden Theilhabern, welcher die Hauptperson gewesen, mit Rücksicht auf den obigen concreten Umfang des Geschäfts zu einem Verlust von täglich mindestens 5 Thlr. zu veranschlagen sei. Und zwar soll dieser letztere Beweis, da ein Sachverständiger darüber benannt ist, nicht in concreter Beziehung auf das klägerische Geschäft (wozu es auch ganz bestimmter Angaben über dasselbe, noch außer dem Jahresumsatz, bedurft hätte, welche fehlen), sondern abstract geführt werden, also bewiesen werden: daß bei jedem kaufmännischen Geschäft (wir setzen hinzu: in der Branche, welche der Kläger betreibt, worüber aber auch nichts actenmäßig ist), welches einen Durchschnittsumsatz von jährlich 150000 bis 200000 Thlr. hat, das — auf einen bestimmten längeren Zeitraum sich erstreckende — Fehlen des Hauptdisponenten unter zwei Theilhabern einen Geschäftsverlust mit sich bringe, der auf mindestens 5 Thlr. pro Tag der Abwesenheit zu veranschlagen sei.

Will man nun auch mildrichterlich annehmen, daß in der Aufstellung des angeblichen Erfahrungssatzes die unumgängliche Behauptung gefunden

werden kann, daß der so geschätzte Verlust auch wirklich eingetreten sei, . . . so muß doch das rücksichtlich der Höhe dieses Verlustes Beigebrachte deshalb als völlig ungenügend bezeichnet werden, weil es absolut unmöglich ist, in abstracto und ohne daß man etwas Weiteres kennt als die Dauer der Abwesenheit, die Eigenschaft des Abwesenden als „des Hauptfactors" im Geschäft und den jährlichen Durchschnittsumsatz, durch Sachverständige zu ermitteln, ein wie großer Verlust für ein derartiges Geschäft aus der erwähnten Ursache habe entstehen müssen. Es ergiebt sich dies schon daraus, daß der wesentlichste dieser Factoren, der Umsatz im Geschäft, von vorn herein als ein sehr mangelhafter Werthmesser für das Gedeihen oder Nichtgedeihen eines kaufmännischen Geschäfts erscheint, da auch bei großem Umsatze wenig, bei kleinem viel verdient werden kann, bei unglücklichen Speculationen oder Conjuncturen sogar der größere Umsatz verderblich wirkt, und daher nicht einmal von einer Regel, daß ein eingeschränkter Umsatz Verluste herbeiführe, die Rede sein kann. Ebenso bleibt es vollständig unerkennbar, wie die nicht näher qualificirte Eigenschaft eines Geschäftstheilhabers als des „Hauptfactors" im Geschäft einen Maßstab — und zwar rücksichtlich kaufmännischer Geschäfte insgemein — dafür abgeben soll, daß bei der Verwendung der Arbeitskraft desselben eine bestimmte Summe oder ein bestimmter Procentsatz, die sogar nach Tagen abgeschätzt werden sollen, mehr verdient werde, als dann, wenn seine Thätigkeit dem Geschäft nicht hat gewidmet werden können.

Diese Unschlüssigkeit der allein aufgestellten Behauptungen läßt aber den ganzen Anspruch als mangelhaft substantiirt und jedenfalls hinsichtlich des Umfangs als beweisunfähig erscheinen."

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 24. Juni 1879. (D.)

---

252. Exceptio rei iudicatae und exc. litis pendentis; Uebergang derselben auf solche Singular-Successoren, welche lite pendente erworben haben[1]).

Vgl. Bd. 8 Nr. 93; Bd. 15 Nr. 161; Bd. 17 Nr. 105.

„Für die exceptio litis pendentis gelten nach der allgemein angenommenen Ansicht im Wesentlichen die Grundsätze von der exceptio rei iudicatae, und zwar in der Weise, daß derjenige, welcher sich auf das in einem anhängigen Proceß zu erwartende Erkenntniß, als für sein Rechtsverhältniß zu dem jetzigen Streitgegenstande maßgebend, würde berufen können, auch die gleichzeitige nochmalige Verhandlung desselben von sich ablehnen kann, sonst nicht:

[1]) Vgl. RCPO. §§ 235 Nr. 1, 236, 239.

Planck Mehrheit der Rechtsſtreitigkeiten S. 285; Buchka Einfluß des Proceſſes u. Bd. 2 S. 135; v. Düring im Magazin für das hannov. Recht Bd. 8 S. 189; Wetzell Proc. § 14 Not. 40, § 47 S. 518 der 2. Aufl.

Im vorliegenden Fall ſind die Beklagten nur Singular-Succeſſoren der in den älteren Proceſſen Verklagten. Die Kläger ſtellen den Grundſatz auf, daß die Rechtskraft eines Erkenntniſſes nur bezüglich ſolcher Succeſſoren eintrete, deren Erwerbsact dem rechtskräftigen Erkenntniß nachgefolgt iſt, und daß daher ſchon aus dieſem Grunde . . . Singular-Succeſſoren der exc. litis pendentis ſich überhaupt nicht bedienen können. Dieſer Anſicht muß aus folgenden Gründen beigeſtimmt werden.

Aus den einſchlagenden Quellenſtellen iſt jedenfalls ſo viel zu entnehmen (und dies iſt auch unbeſtritten), daß die exc. rei iudicatae activ und paſſiv auf ſolche Singular-Succeſſoren übergeht, deren Erwerbsact ſpäter iſt als das in Betracht kommende rechtskräftige Erkenntniß. . . . Mit Nothwendigkeit folgt daraus allerdings noch nicht, daß, wie die Mehrzahl der Schriftſteller annimmt:

ſ. Keller Litiscontestation S. 379; Kierulff Theorie des gem. Civilrechts S. 306; v. Savigny Syſtem Bd 6 S. 470 c.; Krüger proceſſual. Conſumtion S. 120, 199; Windſcheid Pand. Bd. 1 § 132 Not. 3; für das jetzige Recht auch Roßhirt in deſſen Zeitſchrift Bd. 6 S. 379,

die exc. rei iudicatae unter keinen Umſtänden auch ſolchen Singular-Succeſſoren zuſtehen könne, deren Succeſſion früher ſtattgefunden hat. Freilich unterliegt es keinem Zweifel, daß ſie auf Succeſſoren, deren Erwerbsact ſelbſt noch vor Anſtellung des Proceſſes liegt, unanwendbar iſt (ſo fr. 11 § 10 de exc. rei iud. 44. 2); allein es iſt nicht unbeſtritten, ob und inwiefern der Uebergang dann ſtattfinde, wenn der Erwerbsact zwar vor dem Urtheile, aber pendente lite ſtattgefunden hat. Und in der That findet für dieſen Fall eine Ausnahme ſtatt, jedoch keineswegs in der Allgemeinheit, wie ſie anſcheinend z. B. von

v. Bangerow Pand. 7. Aufl. Bd. 1 § 173 unter V, 2, Kleinſchrod über d. proceſſual. Conſumtion S. 193, muthmaßlich auch von Bekker die proceſſual. Conſumption S. 213

behauptet wird, ſondern in der Beſchränkung, daß in Folge des Verbots der Veräußerung litigiöſer Sachen wie die gegen den Veräußerer erworbene actio iudicati, ſo auch die exc. rei iudicatae gegen den Erwerber einer ſolchen Sache zuſtändig iſt:

vgl. Windſcheid a. a. O. § 125 Not. 6. 7; Wetzell a. a. O. § 47 S. 541 Not. 113 (wonach der Ausdruck daſ. S. 521 Not. 26 einzuſchränken iſt); Francke Comm. zum Pand.-Titel de hered. petit. S. 52; ſo auch die in dem angef. Erk. citirten älteren Praktiker, welche nur dieſen Grundſatz, nichts weiter, ausſprechen.

Allerdings findet ſich neuerdings die Behauptung, daß gegenwärtig, in Folge der Umgeſtaltung, welche die Lehre von den res litigiosae durch

Doctrin und Praxis erlangt habe, auch dem pendente lite erwerbenden Successor die Berufung auf ein seinem auctor günstiges rechtskräftiges Erkenntniß zustehen müsse:

Strippelmann Neue Sammlung Bd. 5 S. 431; Zimmermann im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 36 S. 57; Wappäus zur Lehre von den dem Verkehr entzogenen Sachen S. 126;

der auch wenn man zugeben wollte, daß gemeinrechtlich

vgl. jetzt RCPO. § 236 und dazu Hahn Materialien Bd. II, 1 S. 261, zu § 228 des Entwurfs —

ie Unwirksamkeit solcher Veräußerungen gänzlich hinweggefallen sei, so ürde doch daraus noch keineswegs die Ausdehnung der auf jenem Ver- ot fußenden, zu Gunsten des Gegners des verbotwidrig Veräußernden gelassenen Ausnahme von der obigen Regel . . . gerechtfertigt werden nnen. Am wenigsten beweisen die dafür angeführten Gesetzesstellen; — s fr. 11 § 9 h. t. 44. 2 schon deshalb nicht, weil das sich hier findende um iudicium acciperetur sich garnicht auf die Zeit des Erwerbsacts, ndern auf die Zeit der Herrichtung des schadenbringenden opus bezieht; nd wenn in fr. 11 § 10 eod. gelehrt wird, daß dem Pfandgläubiger genüber die von dem im Vindicationsprocesse gegen den klagenden Ver- ünder obsiegenden Beklagten vorgeschützte exc. rei iudicatae dann wirksam i, wenn die Verpfändung nach erhobener Vindication (also pendente lite), cht aber wenn sie vor der Klaganstellung vorgenommen sei (und ebenso r. 29 § 1 eod.), so sprechen diese Stellen gleichfalls nur von der Anwend- arkeit der exc. rei iudic. — nicht zu Gunsten, sondern — gegen den Singular-Successor und finden ihre Erklärung unschwer wiederum in den Grundsätzen des vorjustinianischen Rechts über das Verbot der vom Kläger pendente lite vorgenommenen Veräußerungen streitiger Sachen, zu denen . . . auch Verpfändungen gerechnet werden . . .

Diese Einrede ist daher auch im vorliegenden Fall unstatthaft." . . .

Erk. des OLG. (1. Sen.) zu Braunschweig (in der Nichtigkeitsinstanz) v. 31. März 1880 i. S. Burgdorf u. Cons. w. Schridde u. Cons. wegen Baustreitigkeiten ꝛc. (D.)

---

253. Stellung des Richters bei der Anwendung ausländischen Rechts.

vgl. Bd. 25 Nr. 1 nebst Nachw., Nr. 112; Bd. 26 Nr. 215; Bd. 33 Nr. 184; Bd. 34 Nr. 172 nebst Nachw.

. . . „Begrifflich ist es amtliche Aufgabe des Richters in Bezug auf es Rechtsverhältniß, welches als Moment des von ihm zu entscheidenden reitfalls in den Kreis seiner Beurtheilung tritt, zu untersuchen, von welchem begriff objectiver Rechtsnormen dieses Rechtsverhältniß in Betracht seiner

thatsächlichen Grundlage und seines rechtlichen Wesens nach den allgemeinen Grundsätzen über die Anwendung des Rechts in Rücksicht auf dessen örtliche Grenzen beherrscht wird. Findet der Richter bei dieser Untersuchung, daß jenes Rechtsverhältniß nach diesen Grundsätzen an sich nach den Normen eines ausländischen Rechts zu beurtheilen sei, so darf er regelmäßig den Thatbestand jenes Streitfallmoments nur unter das betreffende objective Recht des Auslandes subsumiren. —

Diese Regel findet dann keine Anwendung, sondern es ist die Subsumtion unter die Normen des inländischen Rechts zu thätigen,

1. wenn die Gesetze des Staates, dessen Richter das Urtheil fällt, ausdrücklich bestimmen, daß der inländische Richter bei Entscheidung von Streitfällen auch diejenigen Rechtsverhältnisse, welche ihrem Wesen nach ohne eine solche positive Bestimmung der Herrschaft des fremden Rechts unterliegen würden, trotzdem nach den Normen des inländischen Rechts beurtheilen solle, sei es nun überhaupt, sei es doch alsdann, wenn dem Richter die Kenntniß des fremden Rechts nicht beiwohne;

2. wenn nach Geist und Zweck der Rechtsnormen des Inlandes die Anwendung des betreffenden ausländischen Rechts zu einem Ergebniß führen würde, welches absolut gebietenden oder verbietenden Normen des inländischen Rechts widerstreitet;

3. wenn das betreffende Rechtsverhältniß nach den Normen des dasselbe an sich beherrschenden fremden Rechts durch den Willen der Interessenten anderen Normen als den in dem Geltungsgebiet jenes Rechts ohne einen solchen Willen geltenden unterworfen werden darf und eine solche Unterwerfung unter die Grundsätze des inländischen Rechts realisirt ist, — welche Grundsätze übrigens in letzterem Fall eigentlich nur als relativ bestimmter Interessentenwillensinhalt maßgebend sind.

Vgl. Savigny System des heut. röm. Rechts Bd. 8 § 348 S. 27, 28; Thöl Einleit. in das deutsche Privatr. § 72; Goldschmidt Handb. des d. Handelsr. 2. Aufl. Bd. 1 § 38 S. 338; Stobbe Handb. des deutschen Privatr. Bd. 1 § 29 S. 178, 179; sächs. bürgerl. GB. §§ 18, 19.

Mangelt dem zum Erkenntniß berufenen Richter die Kenntniß des nach obigen Principien anzuwendenden fremden Rechts, so folgt daraus begrifflich weder, daß er sich des Erkenntnisses zu enthalten habe — denn es ist seine Amtspflicht, das Streitverhältniß durch Urtheil zu entscheiden —, noch daß er dem fremden Recht, welches das betreffende Streitfallmoment wirklich beherrscht, das Recht des Inlandes, welches jenes Moment wirklich nicht beherrscht, als solches substituiren dürfe — das wäre dem wirklichen Wesen des Rechtsverhältnisses widersprechend und nur im Fall einer positiven Gesetzesvorschrift des oben unter 2. gekennzeichneten Inhalts statthaft und geboten —; es folgt vielmehr begrifflich nur, daß der Richter demjenigen Behelf, zu dessen Durchführung die Subsumtion des für denselben funda-

mentalen Thatbestandes unter das Recht des Auslandes nothwendig ist, wegen der Unmöglichkeit, den für diejenige Partei, welche jenen Behelf geltend macht, möglicherweise günstigen Schluß zu vollziehen, nicht Geltung gewähren kann, also in seinem Urtheil über das Streitverhältniß im Ganzen die Consequenzen ziehen muß, welche sich ergeben, wenn jener Behelf nicht durchgreift.

Der Urtheilsfällung gehen aber die früheren Abschnitte des Processes voraus. Es fragt sich nun: Inwieweit ist der Richter berechtigt, bzw. verpflichtet, sich die ihm zur Zeit der Geltendmachung desjenigen Behelfs, dessen Fundament von dem Recht des Auslandes beherrscht wird, mangelnde Kenntniß dieses Rechts vor der processualischen Nothwendigkeit der Urtheilsfällung zu vermitteln? Entscheidend in dieser Beziehung sind folgende Gesichtspuncte:

Das objective Recht, der Obersatz des richterlichen Urtheilschlusses, ist nicht Thatbestandsmoment, sondern die Norm, unter welche der Thatbestand subsumirt wird. Auf jenes Recht überhaupt, also auch auf das objective Recht des Auslandes, finden die Regeln des civilprocessualen Beweises, die aus dem processualen Dispositionsrecht der Parteien entfließenden Proceßnormen, und die Consequenzen der Eventual-Maxime, falls letztere auch sonst in dem betreffenden Proceßrecht Geltung besitzt, keine Anwendung. Es ist daher der durch die vorgekennzeichneten Regeln und Consequenzen in Bezug auf die Rechtsfindung nicht beschränkte Richter jedenfalls befugt, insoweit ihm nicht etwa durch die positiven Normen eines Rechtsmittels, auf welches er erkennt, anderweitige Schranken gesetzt sind, sich die Kenntniß des fremden Rechts, als Obersatzes eines in dem von ihm noch zu fällenden Erkenntniß über das zu entscheidende Streitverhältniß oder ein Moment desselben zu ziehenden Schlusses, zu jeder Zeit selbstthätig zu beschaffen. Je höher der Richter die Ehrenpflichten seines Berufs erfaßt, desto energischer wird er jene Befugniß bethätigen. Eine absolute Amtspflicht dagegen besteht für ihn in dieser Beziehung begrifflich nicht. Nur das Recht des Inlandes muß der Richter von Amts wegen kennen. — In der Unterlassung der selbstthätigen richterlichen Ermittlung des ausländischen Rechts könnte eine Nichtigkeit nur in einem Proceßgesetzsystem liegen, welches jene Ermittlung positiv als richterliche Amtspflicht vorschriebe und die Unterlassung der Bethätigung dieser Pflicht als Nichtigkeitsgrund fixirte. —

Selbstverständlich kann der Richter sich der Parteien, als seiner Gehülfen, bei Beschaffung der Grundlagen seiner Ueberzeugung von dem Inhalt des fremden Rechts bedienen. . . .

Diejenige Partei, deren Behelf nur zu einer ihr vortheilhaften Geltung gelangen kann, falls durch die richterliche Kenntniß des fremden Rechts die Subsumtion des Behelfsfundaments unter jenes Recht ermöglicht wird, kann, wenn der Richter das normative Recht des Auslandes von vorn

herein nicht kennt, auch bis zur Urtheilsfällung nicht selbstthätig ermitteln will oder kann, factisch in eine Lage kommen, die im practischen Ergebniß der Stellung einer Proceßpartei gleicht, welche für eine Thatsache im processualen Sinne beweispflichtig ist; in ihrer Wesenheit sind indessen beide Fälle grundverschieden.

Vgl. Unger System des österr. Privatr. Bd. 1 § 40 S. 306, 307; Böhlau mecklenb. Landr. Bd. 1 § 55 S. 338 ff., § 71 S. 427; Goldschmidt Handb. des Handelsr. 2. Aufl. Bd. 1 § 38 S. 385; Wetzell System des Civ.-Proc. 3. Aufl. § 20 S. 178, 179; sächs. bürgerl. GB. § 172; RCPO. § 265; die in Seuffert Archiv Bd. 18 Nr. 101, Bd. 23 Nr. 177, Bd. 25 Nr. 1, Bd. 26 Nr. 215 abgedruckten Entsch. des OAG. zu Oldenburg, OG. zu Wolfenbüttel, OAG. zu Lübeck, OAG. zu Berlin; Entsch. des ROHG. Bd. 7 S. 1, Bd. 17 S. 165.

In Bezug auf die Wahl der Quellen zur Vermittlung seiner subjectiven Ueberzeugung von dem Inhalt der objectiven Rechtsnormen des Auslandes und in Bezug auf die Beurtheilung der Wirkungskraft jener Quellen zur Vermittlung seiner Ueberzeugung ist die Entschließung des Richters begrifflich nur von den subjectiven Factoren seiner Begabung, Bildung und Gewissenhaftigkeit abhängig. Sofern nicht positive Vorschriften des inländischen Rechts etwas Anderes vorschreiben, darf der Richter seine Ueberzeugung nicht etwa nur aus beglaubigten Gesetzestexten oder eingeforderten Gutachten von Behörden des betreffenden Auslandes, bzw. von bewährten Kennern des dortigen Rechts, oder aus Präjudiciensammlungen oder wissenschaftlichen Werken schöpfen, sondern auch — wenngleich das fremde Recht keine Thatsache im processualen Sinne ist und das Parteivorbringen in Bezug auf dasselbe nirgendwie einer aus der processualen Parteidisposition, auch nicht einer aus den Vorschriften der processualen Versäumnißnachtheile entfließenden Consequenz unterliegt, weswegen eine Beweisführung über den Inhalt des fremden Rechts durch Eideszuschiebung oder eine eigentliche processuale Feststellung desselben durch Geständniß nicht stattfindet — möglicherweise aus den Erklärungen oder einem ihm anzeigend erscheinenden Verhalten der ihm über den Inhalt des fremden Rechts unterrichtet erscheinenden Parteien. Namentlich kann der Richter auf dieser Grundlage im geeigneten Fall zu der Ueberzeugung gelangen, daß das Recht des Auslandes gleiche Normen für das betreffende Rechtsverhältniß enthalte wie das inländische (vgl. Entsch. Bd. 18 Nr. 59 S. 218, 219). In der oberstrichterlichen Judicatur ist auch angenommen, daß er die Grenzen der richterlichen Befugniß nicht überschreite, in geeigneten Fällen, auf Grund der von ihm . . . geschöpften festen Ueberzeugung, daß das betreffende Recht des Auslandes in der beregten Beziehung gleichen Inhalts mit dem inländischen Recht sei, den ihm bekannten Inhalt der inländischen Rechtsnorm als die nach seiner Ueberzeugung existente maßgebende Norm des fremden Rechts zur Anwendung zu bringen. . . . Es kann daher nicht bloß diejenige Partei, deren Behelf sich auf ein nach dem ausländischen

ht zu beurtheilendes Verhältniß gründet, sondern auch die Gegenpartei tisch in eine der Stellung einer für einen Thatbestand beweispflichtigen beweisführenden Partei im practischen Ergebniß gleichartige Lage hinlich der Klarlegung des fremden Rechts gerathen. Diese Lage führt aber auf einen wesentlich verschiedenen Grund zurück, als die eigentliche weislast und civilprocessuale Beweisführung.'

Wenngleich in Fällen der zuletzt gekennzeichneten Art der Richter nlaßt ist, die Partei, welche behauptet, daß das Recht des Auslandes demjenigen des Inlandes abweiche, zur Klarlegung des ausländischen hts aufzufordern, so ist doch, falls nicht eine positive Gesetzesvorschrift n nöthigt, wie sich aus den vorentwickelten Ausführungen von selbst bt, ein allgemeiner oder auch nur regelmäßiger Grundsatz, daß der hter im Fall seiner Unbekanntschaft mit dem ausländischen Recht derigen Partei, welche die Abweichung des fremden Rechts von dem inbischen Recht behaupte, bzw. die Gleichartigkeit beider Rechte in Abrede le, möge nun diese Partei den Behelf gethätigt haben, welcher an sich Normen des ausländischen Rechts unterliegt, oder die Gegenpartei des en solchen Behelf Thätigenden sein, den Nachweis jener Abweichung bei rmeidung der Annahme der Gleichheit beider Rechte aufzugeben habe, t gerechtfertigt. Begrifflich ist ein solches Princip nicht zu begründen.

In Fällen wie der vorliegende, in welchen das dem Richter zur Beurlung unterbreitete Verhältniß von den Normen des Rechts eines Staates lich Rußlands), dessen Cultur und Recht auf ganz anderen Grundlagen chsen sind, als die Cultur und das Recht des Inlandes, beherrscht d, und die betreffenden Verhältnisse in der staatlichen Gültigkeit einer dem Ritus einer nicht-christlichen (nämlich der jüdischen) Religionseinschaft abgeschlossenen Ehe, dem Intestat-Erbrecht — namentlich der frau, dem Erbschaftserwerbe und der Haftung der Erben für Schuldbindlichkeiten des Erblassers bestehen, also solche Verhältnisse zu beurlen sind, welche nach feststehenden Ergebnissen der Rechtsgeschichte und gleichenden Rechtswissenschaft von jeher in den einzelnen Staaten, ja häufig in den verschiedenen Theilen desselben Staates, auf das verdenartigste geregelt sind, wird kein umsichtiger Richter, welcher das gebende ausländische Recht nicht kennt, sich entschließen, den diese hältnisse betreffenden Thatbestand nach dem Inhalt der Normen des ndes zu beurtheilen. Auch mangelt es durchaus an Voraussetzungen r, die Gegenpartei desjenigen, welcher sich auf die betreffenden Verisse stützt und welchem die Anwendung von Normen gleichen Inhalts diejenigen des inländischen Rechts vortheilhaft wäre, mit der Klarlegung fremden Rechts, dessen Uebereinstimmung mit dem Recht des Inlandes bestreitet, zu belasten; vielmehr behält in einem solchen Falle die oben ründete Regel ihre volle Kraft, daß, wenn es der einen Behelf, welcher

von den Normen des ausländischen Rechts beherrscht wird, geltend machenden Partei nicht gelingt, dem Richter bis zur Urtheilsfällung die dem Richter sonst mangelnde Kenntniß des ausländischen Rechts zu beschaffen, diese Partei gewärtigen muß, daß der Richter in seinem Urtheil diejenigen Consequenzen zur Geltung bringt, welche aus der Unmöglichkeit, den Behelf zu einer für diese Partei günstigen Geltung zu bringen, sich ergeben. —

Aus vorstehenden Erwägungen ergiebt sich schließlich, daß die Bethätigung des Richters bezüglich der Beschaffung und Würdigung der Grundlagen für seine Kenntniß des fremden Rechts wesentlich von einem der concreten Lage des Falles entsprechenden einsichtigen Ermessen abhängt, welchem gegenüber die Stellung des Nichtigkeitsrichters sich regelmäßig nicht anders gestalten kann als gegenüber dem richterlichen Ermessen überhaupt, d. h. dahin, daß jene Bethätigung sich der zur Vernichtung zu führen geeigneten Nachprüfung entzieht.

Vgl. Erk. des OAG. zu Lübeck v. 6. März 1827, Seuffert Archiv Bd. 4 Nr. 92 und die diesseitigen Erk. in den Entsch. Bd. 2 Nr. 3 S. 27, Nr. 69 S. 298, Bd. 7 Nr. 1 S. 1 u. Bd. 23 Nr. 120 S. 378.

Das preußische Recht enthält keinerlei Bestimmung, welche von den vorentwickelten . . . Grundsätzen abzuweichen nöthigte." . . .

Urtheil des ROHG. (3. Sen.) zu Leipzig v. 28. April 1879 in einer preuß. Sache. Entscheidungen Bd. 25 Nr. 15.

---

254. Vertragsanfechtung wegen Betrugs des Mitcontrahenten durch Verschweigung von Thatsachen: Beweislast bez. der Kenntniß des Mitcontrahenten von diesen Thatsachen.

Vgl. Bd. 17 Nr. 249; Bd. 28 Nr. 21; Bd. 29 Nr. 84; Bd. 34 Nr. 223.

„Betrügliche Handlungen können nicht nur durch wissentliches Behaupten unwahrer Thatsachen, sondern auch durch wissentliches Verschweigen wahrer Thatumstände begangen werden; letzteren Falls jedoch wird vorausgesetzt, daß zur Bekanntgabe der verschwiegenen Thatsachen eine Verpflichtung bestanden hat. Diese Verpflichtung war beim Abschluß des fraglichen Vertrages auf Seiten des Ehemannes zweifellos vorhanden. Es handelte sich um Aufhebung der bis dahin bestandenen allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft, es sollte an deren Stelle fortan getrenntes Güterrecht nach den Bestimmungen des bayr. Landrechts treten, und wurde von den vertragschließenden Eheleuten zu einer Abtheilung des bisher gemeinsamen Vermögens und damit zu einem Vertrage geschritten, bei dessen Eingehung der Ehemann als Verwalter des Ehevermögens verpflichtet war, seiner Ehefrau getreu alle Bestandtheile des vorhandenen Vermögens anzugeben. . . . Dieser Verpflichtung ist der Ehemann nicht nachgekommen; er hat vorhandene

Vermögenstheile verschwiegen, wodurch die Ehefrau bei dem Vertragsabschluß vermögensrechtlich so sehr beschädigt wurde, daß dieselbe, würde sie Kenntniß von den verschwiegenen Vermögenstheilen gehabt haben, zur Eingehung dieses ihr nachtheiligen Vertrages, insbesondere zu der höchst ungleichen Vermögenstheilung, sich nicht herbeigelassen hätte. . . .

Daß der beschädigte Contrahent die Existenz der beim Vertragsabschluß von dem andern Contrahenten verschwiegenen Thatsachen nicht gekannt habe, muß unter solchen Umständen bis zum Beweise des Gegentheils als wahr gelten, und hat sonach jener Contrahent, welcher sich bei Eingehung des Vertrages mit pflichtwidrigem Verschweigen erheblicher Thatsachen befaßte und dadurch den andern Contrahenten zu einem diesem schädlichen Rechtsgeschäfte verleitete, die Umstände zu behaupten und zu beweisen, welche seiner als Argliſt erkannten Handlungsweise den Character der Rechtswidrigkeit zu benehmen geeignet sind. Bei dem vorliegenden Vertrage wäre das festgestellte Merkmal der Argliſt allerdings dann beseitigt, wenn, wie behauptet, die klagende Ehefrau Kenntniß von der verschwiegenen Vermögenslage gehabt hätte; allein den Beweis dieses Wissens hat der Beklagte und nicht die Klägerin den Beweis des Nichtwissens zu führen, da es zum Vertheidigungsmaterial des vom Beklagten zu führenden Gegenbeweises gehört, sich jener Folgerungen zu entledigen, welche sich aus seinem pflichtwidrigen Handeln bis zum Beweise des Gegentheils ergeben."

Erk. des obersten LG. f. Bayern v. 10. Octbr. 1879. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 44 S. 413 ff. (X.)

---

255. Wen trifft die Beweislast, wenn für den Verlust einer Forderung Ersatz zu leisten ist und behauptet wird, die Forderung habe wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners keinen Werth gehabt?

Vgl. Bd. 13 Nr. 214; Bd. 21 Nr. 110; Bd. 26 Nr. 82; Bd. 34 Nr. 249.

Der Beklagte hat für den durch einen von ihm erwirkten, nicht gerechtfertigten unbedingten Befehl veranlaßten Schaden dem Kläger Ersatz zu leisten. Letzterer behauptet, er habe mit B. einen vortheilhaften Bauvertrag unter der Bedingung abgeschlossen, daß B. zu einer bestimmten Zeit mit den von ihm übernommenen Arbeiten beginnen könne; diese Bedingung sei durch den unbedingten Befehl vereitelt und der Vertrag hinfällig geworden. Der Kläger hält daher den Beklagten für verpflichtet, den ihm in Folge des Verlustes des Anspruchs aus dem Bauvertrag entstandenen Schaden zu ersetzen. Beklagter entgegnet u. A., der B. sei wegen seiner schlechten Vermögensverhältnisse völlig außer Stande gewesen, den angeblichen Bauvertrag zu erfüllen, was Kläger bestreitet. — In Betreff der Beweislast heißt es in den Entscheidungsgründen:

„Es ist Regel, daß derjenige, welcher eine Entschädigung für den Verlust eines Gegenstands in Anspruch nimmt, den Werth desselben nachweisen muß. Aus dieser Regel läßt sich jedoch nicht ableiten, daß der Kläger, welcher den Ersatz für einen ihm verloren gegangenen obligatorischen Anspruch verlangt, auch die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nachweisen müsse, weil hierdurch der Werth der Obligation wesentlich bedingt sei. Denn der Kläger stützt seinen Anspruch nicht auf den Verkaufswerth der Obligation, sondern darauf, daß die obligatorischen Leistungen, welche er sich im Vertrage mit B. ausbedungen habe, für ihn nach seinen Verhältnissen einen über die Gegenleistung hinausgehenden Werth gehabt hätten, indem er sich anderweitig diese Leistungen nur gegen eine höhere Gegenleistung hätte verschaffen können. Das erste Glied in der zur Begründung des Schadens dienenden Reihe von Thatsachen ist der Umstand, daß die von B. übernommenen Leistungen durch den unbedingten Befehl verloren gegangen seien. Unzweifelhaft hat der Kläger diese Thatsache zu beweisen, da dieselbe für den Causalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereigniß und der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Klägers wesentlich ist. Wenn aber der Kläger den ihm in den Vorinstanzen auferlegten Beweis führt, so steht fest, daß der Vertrag mit B. bedingt gewesen ist und daß der fragliche Befehl den Eintritt der Bedingung verhindert, mithin die Befreiung des B. von dem Vertragsverhältniß herbeigeführt hat. Es ist dann dargethan, daß der eingetretene Schaden vorbehältlich des Nachweises seiner sonstigen Voraussetzungen eine Folge des Ereignisses ist, für welches Beklagter aufzukommen hat. Ein weiterer Beweis liegt dem Kläger in dieser Hinsicht nicht ob. Wenn der Beklagte dem gegenüber behauptet, B. sei nicht im Stande gewesen, die übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen, so heißt dieses, die fraglichen Leistungen würden dem Kläger, auch wenn der Befehl nicht erwirkt wäre, in Folge der Zahlungsunfähigkeit des B. verloren gegangen sein. Nach anerkannten Rechtssätzen braucht jedoch der Schadensersatzberechtigte, wenn er den Beweis geführt hat, daß der Schaden wirklich in Folge des Ereignisses, für welches der Verpflichtete haftet, eingetreten sei, nicht noch zu beweisen, daß der Schaden in Folge eines andern Umstands nicht eingetreten wäre; vielmehr trifft der Verpflichteten, welcher aus einem derartigen Grunde von der sonst ihm obliegenden Entschädigung frei zu sein behauptet, die Beweislast (vgl. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht Bd. 2 S. 172).

Hiernach ist dem Beklagten der Beweis frei zu lassen, daß B. nach seinen derzeitigen Vermögens- und Creditverhältnissen nicht im Stande gewesen sei, den Bauvertrag zu erfüllen."

Erk. des Reichsgerichts (1. Hülfssen.) v. 12. Decbr. 1879 in der brem. Sache v. Soosten w. Gosewisch. (Wck.)

256. Klage auf Lohnzahlung für eine übertragene, aber vom Beklagten verhinderte Dienstleistung; Einrede anderweitiger Verwerthung der Arbeitskraft; Beweislast.

Vgl. Bd. 18 Nr. 269; Bd. 29 Nr. 22; Bd. 32 Nr. 36; Bd. 34 Nr. 245.

Die Klage ging auf Ersatz des dem K., Cedenten der Klägerin, entgangenen Fuhrlohns für die ihm von der Beklagten übertragene Abfuhr von bestimmten Waggonladungen Kalk, deren Anfuhr die Beklagte unterlassen hatte. — Der 1. Richter wies die Klage definitiv, der Appell.-Richter angebrachtermaßen ab, das Reichsgericht in der Revisionsinstanz verurtheilte. Aus den Gründen:

„Der Appell.-Richter hält es nicht für genügend, wenn Klägerin darlegt, daß ihr Cedent bereit und im Stande gewesen sei, die von ihm übernommenen Fuhren zu leisten; er verlangt außerdem die Darlegung, daß derselbe das nöthige Fuhrwerk ausschließlich für die Beklagte in Bereitschaft gehalten habe, und weist wegen Mangels dieser Darlegung die Klage wie angebracht ab.

Ob das Fuhrwerk auch für Dritte in Bereitschaft stand, war für das Rechtsverhältniß zwischen der Beklagten und dem Cedenten der Klägerin völlig gleichgültig; nur wenn er Fuhren für Dritte um Lohn verrichtete, konnte Beklagte die Absetzung des hierdurch erzielten Verdienstes von der Klagforderung fordern. Außer dem von der Beklagten nicht in Zweifel gezogenen Umstande, daß K. bereit und im Stande gewesen wäre, die Abfuhr vertragsmäßig zu bewirken, wenn die Anfuhr so wie bedungen erfolgt wäre, bedurfte der Anspruch auf den entgangenen Fuhrlohn einer weiteren Begründung nicht. Sache der Beklagten war es, darzulegen und zu beweisen, welchen an der Lohnforderung abzusetzenden anderweiten Vortheil K. gezogen habe. Zu dieser Vertheilung der Behauptungs- und Beweispflicht gelangt man sowohl dann, wenn man, wie z. B. das vormalige OAG. zu Rostock (Seuffert Archiv Bd. 18 Nr. 269), mit Windscheid krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissensch. Bd. 2 Jahrg. 1855 S. 139 annimmt, der Klaganspruch sei auf Erfüllung des Vertrages gerichtet, als auch dann, wenn man, wie z. B. das vormalige OAG. zu Kassel (Heuser Annalen Bd. 4 S. 434[1]), mit Mommsen Beitr. Bd. 1 S. 356, Bd. 3 S. 423 der Ansicht ist, daß die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages gerichtet sei. Nach der erstern Auffassung geht die Klage auf Zahlung des versprochenen Lohns, wobei der Einwand, daß klägerischerseits der Vertrag nicht erfüllt sei, durch die Replik, daß beklagterseits die Erfüllung nicht gewollt, sondern verhindert worden sei, beseitigt wird und der Einwand, daß Kläger durch Einklagung des vollen Lohns einen unbilligen Gewinn zu machen suche, indem er seine Leistung anderweitig verwerthet habe, sich als Einrede der Arglist

[1]) Vgl. dieses Archiv Bd. 12 Nr. 24.

darstellt. Nach der andern Auffassung geht die Klage auf Erstattung des entgangenen Gewinns; die Berücksichtigung des anderweiten Erwerbs stellt sich als eine Anwendung des Grundsatzes dar, daß, wenn Schaden und Vortheil durch einen und denselben Umstand verursacht sind, als Schaden nur das zu ersetzen ist, was nach Abzug des Vortheils übrig bleibt; in einem solchen Falle aber genügt, wie mit dem vormaligen ROHG. (Entscheidungen Bd. 18 S. 372, Bd. 22 S. 188) anzunehmen ist, zur Begründung der Entschädigungsklage die Darlegung des Schadens, welchen Kläger erlitten hat, wogegen es Sache der Beklagten ist, darzulegen, daß und in welchem Betrage Kläger einen von seinem Schaden in Abzug zu bringenden Gewinn gemacht habe. Nach beiden Auffassungen ist die Klage auf Erstattung des bedungenen Lohns ohne weitere Darlegung begründet." ...

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 22. Novbr. 1879 in einer preuß. (hessischen) Sache. Heuser Annalen Bd. 24 S. 435 ff.

---

257. Ist dem in contumaciam verurtheilten Beklagten im Wechselseparatum die eidliche Diffession seiner Unterschrift gestattet?

Vgl. Bd. 5 Nr. 221; Bd. 10 Nr. 108; Bd. 14 Nr. 187; Bd. 18 Nr. 168; Bd. 20 Nr. 276; Bd. 21 Nr. 171; Bd. 24 Nr. 153 Z. 2; Bd. 26 Nr. 78; Bd. 33 Nr. 270.

Bekanntlich hat das preußische Obertribunal in mehrfachen Entscheidungen diese Frage bejaht, zu vergleichen Entsch. des preußischen Obertribunals Bd. 34 S. 387 und Bd. 52 S. 402. Andrerseits ist die Frage von dem ROHG. wiederholt verneint worden. Das Reichsgericht, das mit der Frage in einem noch nach altem Proceßrecht zu erledigenden Rechtsstreite befaßt war, hat sich der Ansicht des ROHG. in folgender Weise angeschlossen:

Der Appell.-Richter hat in seinem von der Nichtigkeitsbeschwerde angefochtenen Urtheil den Satz zur Anwendung gebracht, daß dem im Wechselproceß in contumaciam verurtheilten Beklagten im nachfolgenden Separatverfahren die eidliche Diffession seiner Unterschrift noch verstattet sei. Dieser Satz muß in Uebereinstimmung mit dem vormaligen ROHG. und aus den in Bd. 2 S. 431 ff.[1]), Bd. 3 S. 177 ff. und Bd. 10 S. 406 ff. der Entscheidungen des ROHG. entwickelten Gründen als rechtsirrthümlich bezeichnet werden. Das Argument, welches der Appell.-Richter für die gegentheilige Ansicht aufgestellt hat, kann zu keinem andern Ergebniß führen. Denn wenn derselbe bemerkt, eine über die Grenzen des Wechselproceßes hinaus wirksame Feststellung der Echtheit der Wechselurkunde könne namentlich mit Rücksicht auf die strengen Contumacialvorschriften und die kurzen Fristen des Wechselproceßes nicht angenommen werden, so wird auf der einen Seite übersehen, daß die allg. GO. gerade in Absicht auf die Re

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 26 Nr. 78.

cognition der Wechselunterschrift ein umständliches Verfahren angeordnet hat, auf der andern Seite aber wird verkannt, daß dem Wechselseparatum nicht der gesetzgeberische Gedanke zu Grunde liegt, den Beklagten vor den Folgen seiner eigenen contumacia zu schützen, sondern ihm nachträglich diejenige Beweisführung zu ermöglichen, die nach der besondern Natur des Wechselprocesses in diesem Verfahren versagt werden muß. Hiernach war das Urtheil des Appell.-Richters als nichtig aufzuheben und demnächst in der Sache selbst das klagabweisende Erkenntniß der 1. Instanz zu bestätigen.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 16. Decbr. 1879 in der preuß. (landrechtl.) Sache Gröger w. Schönlank. (St.)

---

258. Sind die Provision, Protestkosten und Porti bei Berechnung der Revisionssumme mit zu berücksichtigen? (CPO. §§ 4, 508.)

Das Landgericht hatte zur Zahlung der Wechselsumme von 1500 ℳ nebst 6% Zinsen, 5 ℳ Provision, 10 ℳ 55 ₰ Protestkosten und 55 ₰ Porto verurtheilt; das OLG. wies die Klage ab; die Revision wurde als unzulässig aus folgenden Gründen verworfen:

„Zufolge des für Berechnung des Werthes des Beschwerdegegenstandes in Anwendung kommenden § 4 der CPO. bleiben Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Unzweifelhaft sind im vorliegenden Fall die Provision, die Protestkosten und Porti gerade so wie die Zinsen nicht als selbständige Ansprüche, sondern nur neben der Wechselsumme eingeklagt, so daß die letztere Voraussetzung des § 4 gegeben ist.

Die Provision muß aber zu den Schäden gerechnet werden, denn diese begreifen jeden Vermögensnachtheil in sich, welchen Kläger, sei es als positiven Schaden, sei es als entgangenen Gewinn, dadurch erlitten zu haben behauptet, daß seinem Hauptanspruche nicht Genüge geleistet worden ist; hierzu gehört also auch der Schaden durch Zeitversäumniß und die Mühewaltung, welche durch den erfolglosen Versuch der Beibringung der Wechselsumme verursacht worden sind. Die Provision stellt aber den vom Gesetz fixirten Betrag fest, welcher für diese Zeitversäumniß und eigene Mühe gefordert werden darf.

Die Auslagen für Protesterhebung und Porto fallen unter den Begriff der Kosten und haben mit den Proceßkosten das gemein, daß sie wie diese durch die Zahlungsverweigerung des Schuldners entstanden sind und er sie demnach zu erstatten hat, weil und sofern er mit Unrecht die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verweigert hat. Dafür, die Bestimmung auf die Kosten eines früheren Processes zu beschränken, fehlt es an jedem innern Grunde; dagegen sprechen die allgemeine Fassung des Gesetzes und dessen Absicht, für Werthsermittlung einfache und klare Regeln festzusetzen, welche

die Ausschließung der Kosten beider Arten gleichmäßig rechtfertigt. Daraus, daß der sog. hannoversche Entwurf einer Proceßordnung nur die Proceßkosten aufführte, kann nicht das Gegentheil, sondern es müßte eher aus der späteren Erweiterung des Ausdrucks gefolgert werden, daß eine etwa beabsichtigte Beschränkung auf Proceßkosten fallen gelassen worden sei.

Der Werth des Beschwerdegegenstandes übersteigt demnach den Betrag von 1500 M. nicht, und erscheint daher zufolge des § 508 die Revision unzulässig."

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 23. Decbr. 1879. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1880 S. 74.

---

259. Die „weitere Beschwerde" gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist nicht schon deshalb zulässig, weil das Beschwerdegericht eine auf neue Thatsachen gestützte Beschwerde verworfen hat. (CPO. §§ 531, 533, 537.)

Vgl. die folgende Nr.

Der Wechselkläger stellte im Verhandlungstermin Antrag auf Erlaß eines Versäumnißurtheils gegen die ausgebliebenen Beklagten, deren rechtzeitige Ladung er durch die Behändigungsurkunde nachzuweisen suchte. Das Landgericht verwarf den Antrag, weil die Beklagten nicht rechtzeitig geladen seien. Gegen diese Verfügung erhob Kläger die sofortige Beschwerde und trat jetzt unter näherer Angabe der Ladungszeit einen neuen Beweis an über die rechtzeitig geschehene Ladung der Beklagten. Das OLG. wies die Beschwerde zurück, weil Kläger die Wahrung der Einlassungsfrist im Verhandlungstermin hätte nachweisen müssen, jedoch nicht nachgewiesen habe, was selbstverständlich nicht durch den jetzt angebotenen Beweis ersetzt werden könne. — Gegen diese Entscheidung erhob Kläger die weitere Beschwerde, indem er davon ausging, daß der letzte Ausspruch des OLG. und die Ablehnung eines Eingehens auf die neuen Behauptungen und Beweismittel einen neuen selbständigen Beschwerdegrund bilde. Die Beschwerde ward indeß aus folgenden Gründen als unzulässig verworfen:

„Nach § 531 der CPO. findet gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts, soweit nicht in derselben ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, eine weitere Beschwerde nicht statt. Letzteres ist bei der angefochtenen Verfügung . . . nicht der Fall, und es ist nicht richtig, wenn der Beschwerdeführer meint, es werde ihm dadurch ein neuer selbständiger Beschwerdegrund geboten, daß das OLG. die zum Nachweis der rechtzeitigen Behändigung der Klaganträge angeführten neuen Thatsachen für nicht geeignet erklärt hat, den Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils zu rechtfertigen. — Der Zweck der Vorschrift in § 531 Abs. 2 der CPO. ist, wie auch die Motive zu dem Gesetzentwurf durch die Worte: „Die Vorschrift in Abs. 2 entspricht der Ausschließung der Revision gegen gleichlautende

Urtheile der beiden unteren Instanzen" bestimmt ergeben, die 3. Instanz auszuschließen, wenn in den unteren beiden Instanzen gleichlautende Entscheidungen ergangen sind, wenn über denselben Streitpunct zweimal zu Ungunsten des Beschwerdeführers erkannt worden ist. Dabei ist für die Frage, ob zwei gleichlautende Entscheidungen vorliegen, lediglich der Inhalt der Entscheidungen selbst maßgebend, nicht die Entscheidungsgründe, und auch in dem Falle, wenn der Beschwerdeführer auf Grund des § 533 seine Beschwerde auf neue Thatsachen gestützt hat, der Beschwerderichter aber die Beschwerde zurückweist, also die angefochtene Verfügung aufrecht erhält, liegen zwei gleichlautende, eine weitere Beschwerde ausschließende Entscheidungen vor, weil der den Gegenstand der Beschwerde bildende Streitpunct zweimal übereinstimmend entschieden ist.

Beschluß des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 11. Novbr. 1879 in einer Hamburger Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 223.

---

260. Die „weitere Beschwerde" (§ 531 CPO.) kann nicht auf eine Verschiedenheit der Entscheidungsgründe, wohl dagegen auf eine, wenn auch gleichlautende, so doch dem Sinn nach von der Entscheidung des Proceßgerichts verschiedene Verfügung des Beschwerdegerichts gestützt werden.

Vgl. die vor. Nr.

Auf desfällige Beschwerde hatte das Landgericht den Beschluß des Amtsgerichts zu Hamburg wieder aufgehoben, durch welchen die von der Staatsanwaltschaft zu Wiesbaden veranlaßte Vollstreckung eines auf Geldstrafe lautenden älteren Strafurtheils sistirt worden war. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Verurtheilten wurde vom OLG. verworfen. Auf weitere sofortige Beschwerde stellte das Reichsgericht den Beschluß des Amtsgerichts wieder her. Aus den Gründen:

„Allerdings ist . . . die Zulässigkeit einer weiteren Beschwerde an das Reichsgericht nach § 531 Abs. 2 der CPO. davon abhängig, daß durch den Beschluß des OLG. ein neuer selbständiger Beschwerdegrund gegeben sei. Ein solcher liegt hier nun aber auch vor. . . . Freilich hat dem Wortlaut des Beschlußtenors zufolge das OLG. die gegen die Entscheidung des LG. erhobene Beschwerde einfach verworfen, und die Verschiedenheit der Gründe des OLG. von denen des LG., die dabei allerdings zu Tage tritt, würde als solche noch keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund darstellen. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich aber, daß das OLG. nach dem Sinn seines Beschlusses keineswegs denjenigen des LG. bestätigt, vielmehr denselben zunächst aufgehoben und dann an dessen Stelle einen neuen, den Beschwerdeführer in anderer Weise ungünstigen gesetzt hat." Es wird sodann ausgeführt, daß das LG. nicht die civilrechtliche, sondern die straf-

rechtliche Abtheilung des Amtsgerichts in dieser Sache für zuständig gehalten und deshalb den von der erstgedachten Abtheilung ausgegangenen Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben, sowie den Verurtheilten mit seinen Anträgen an die strafrechtliche Abtheilung des Amtsgerichts verwiesen habe, während das OLG. diese Unterscheidung zwischen den verschiedenen Abtheilungen desselben Amtsgerichts verworfen, aber den Beschluß des Amtsgerichts deshalb wieder aufgehoben habe, weil derselbe durch den vom Amtsgericht angeführten Entscheidungsgrund nicht gerechtfertigt erscheine und die Entscheidung über die sonstigen Einwendungen gegen die Vollstreckung überhaupt nicht zur Zuständigkeit dieses Amtsgerichts, sondern des Proceßgerichts (in Wiesbaden) gehöre. „Hiernach würde also der Beschwerdeführer sich überhaupt nicht mehr an das Amtsgericht zu Hamburg, sondern nur noch an das LG. zu Wiesbaden wenden können. In dieser vom OLG. allererst getroffenen neuen Verfügung liegt, da sie zu den im § 701 der CPO. erwähnten Entscheidungen gehört, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, ein neuer selbständiger Beschwerdegrund."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 20. März 1880. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 233 ff.

---

261. Habitatio im Concurse des Berechtigten, insbesondere Klagrecht des Concursverwalters auf Austreibung des durch den Gemeinschuldner in die Wohnung eingesetzten Miethers*[1]).

*Vgl. Bd. 13 Nr. 77 u. d. dort. Nachw. Auch Bd. 27 Nr. 79; Bd. 33 Nr. 352.

Die Cridarin hatte kurz vor ihrer Insolvenzanzeige an einen ihrer Gläubiger das ihr von ihrem Ehemanne testamentarisch ausgesetzte Wohnrecht in einem Theile eines Nachlaßgrundstücks auf eine Reihe von Jahren gegen eine den angemessenen Miethpreis angeblich längst nicht erreichende Vergütung an Zahlungsstatt miethweise abgetreten. Eingezogen ist der Miether erst nach der Concurseröffnung. Der Güterpfleger beantragte als Widerkläger die Aufhebung dieses Contracts bzw. Nachzahlung der an dem angemessenen Miethwerthe fehlenden Vergütung für die Vergangenheit. — Den in 3. Instanz abgegebenen Entscheidungsgründen entnehmen wir darüber Folgendes:

„1. Das Wohnrecht der Wittwe F. ist — wie beide Parteien anerkennen und die an den Widerbeklagten selbst ohne Einspruch geschehene Vermiethung bestätigt — keineswegs so sehr an die Person geknüpft, daß es nicht auch durch Vermiethung genutzt werden dürfte, mithin weniger dem im heutigen Verkehr überhaupt kaum noch vorkommenden usus (§ 1. 2

[1]) Vgl. deutsche Concursordnung § 15 ff.

Inst. de usu 2. 5; fr. 4 § 1, fr. 8 de usu et habit. 7. 8; Arndts Pand. § 182 Anm. 3) als der habitatio (§ 5 Inst. de usu 2. 5; fr. 10 pr. de usu et habit. 7. 8; const. 13 de usufr. 3. 33; Glück Comm. Bd. 9 S. 461) oder dem ususfructus (fr. 12 § 2, fr. 38—40, fr. 67 de usufructu 7. 1) zu vergleichen und in der Ausübung als ein in Geld umsetzbares, durch den Concurs der Wittwe F. auf das Gläubigercorps übergegangenes Activum der Cridarin um so unbedenklicher zu behandeln (fr. 8 pr. de rebus auctor. iud. possid. 42. 5; fr. 10 § 15 quae in fraud. cred. 42. 8), je weniger die classischen Juristen sogar beim usus nothwendige Veräußerungen ähnlicher Art unter Umständen für statthaft zu erklären umhin können (fr. 10 § 1 comm. div. 10. 3).

2. Das Gläubigercorps hat durch diesen Uebergang, gleichwie durch einen Kauf, eine gegen jeden Dritten wirksame utilis in rem actio confessoria erworben (fr. 11 § 2 de pignor. 20. 1; Arndts Pand. § 179 Nr. 3), welche den Concurscurator in den Stand setzt, auch ohne die Voraussetzungen der Paulianischen Klage den Widerbeklagten als Miether auszutreiben (fr. 59 § 1 de usufr. 7. 1) und wegen des schon seit September 1877 durch die Protestation des Concurscurators verlorenen guten Glaubens zum Ersatze aller dem Concurse entzogenen Nutzungen, über deren Werth im ersten Erkenntniß zutreffender Beweis ausgestellt ist, zu nöthigen (fr. 5 §§ 3—6 si ususfr. pet. 7. 6).

3. Diese Austreibung, welche dem Widerbeklagten nur übrig läßt, sein Interesse wegen nicht erfüllten Miethcontracts gleich anderen Handschriftgläubigern im Concurse zu liquidiren (Seuffert Archiv Bd. 5 Nr. 94), findet auch kein Hinderniß ... in einigen scheinbar widerstreitenden Gesetzbestimmungen, weil dieselben theils voraussetzen, daß der Miethvertrag zur Zeit der Veräußerung des Miethgegenstandes schon in der Ausführung begriffen war, der vom Widerbeklagten am 5. Mai 1877 abgeschlossene Miethvertrag aber erst Michaelis 1877, also mehrere Monate nach der am 14. Mai 1877 erkannten Concurseröffnung, zur Ausführung gelangt ist, theils überdies das fr. 8 § 1 de rebus auctor. iud. poss. 42. 5 auf die dem heutigen Concursverfahren fremde Immission sich bezieht und daher mit Recht für unanwendbar gehalten wird (Scholz Jurist. Magazin N. F. Bd. 2 S. 152; Seuffert Archiv Bd. 1 Nr. 390; vgl. Bd. 6 Nr. 119, Bd. 13 Nr. 77).

4. Unter diesen Umständen kann es dahingestellt bleiben, ob nicht der Concursverwalter, auf den durch die am 14. Mai 1877 erfolgte Concurserklärung das ausschließliche Verfügungsrecht über die von der Wittwe F. am 5. Mai 1877 vermiethete Wohngelegenheit übergegangen war, wegen der erst Michaelis 1877 gegen seinen erklärten Willen durchgesetzten Wohnungsbesitznahme dem Widerbeklagten auch mit den betreffenden Besitzklagen — utile interdictum uti possidetis (fr. 4 uti possid. 43. 17) unde vi (fr. 3 §§ 13—17, fr. 9 § 1, fr. 10 de vi 43. 16; fr. 60 pr. de usufr. 7. 1;

fr. 27 de donat. 39. 5), remedium spolii — die Wohnung abzustreiten in der Lage ist."

Erk. des OLG. zu Braunschweig v. 29. Decbr. 1879 i. S. Brauwers w. den Franquet'schen Güterpfleger wegen Feststellung eines Rechtsverhältnisses. (D.)

---

262. Renten aus dem Reichshaftpflichtgesetz haben nicht die Eigenschaft von „auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen" im Sinn des § 749 Z. 2 CPO.

Vgl. Bd. 34 Nr. 219; Bd. 35 Nr. 128.

Eine dem Beklagten auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes zuerkannte Rente wurde auf Antrag des Klägers im Wege der Zwangsvollstreckung mit Beschlag belegt und dem Kläger in Höhe seiner Forderung überwiesen. Das OLG. hob diese Verfügung auf Beschwerde des Beklagten auf, weil es die Rente als eine auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Alimentenforderung erachtete, die nach § 749 Z. 2 CPO. der Pfändung, somit auch der Ueberweisung im Executionswege nicht unterworfen sei. Auf weitere Beschwerde des Klägers stellte das Reichsgericht die Verfügung des Prozeßgerichts wieder her. Aus den Gründen:

„Die fragliche Rente ist dem Beklagten in Folge eines Unfalls, welcher ihn als Bremser der Rheinischen Eisenbahngesellschaft betroffen hat, auf Grund der Bestimmungen in den §§ 1, 3, 7 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 zuerkannt. Derartige Renten sind als „auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Alimentenforderungen" nicht anzusehen und fallen daher nicht unter die Bestimmung in § 749 Z. 2 der CPO. Die auf §§ 1 und 3 des Reichshaftpflichtgesetzes gegründeten Ansprüche werden im Gesetz selbst als Ansprüche auf Ersatz des Schadens bezeichnet, welcher für den beim Betriebe einer Eisenbahn oder bei den in § 2 bezeichneten Betrieben Getödteten oder körperlich Verletzten entstanden sind, nicht als Ansprüche auf Alimentation. Es hängt der Anspruch ferner weder von der Bedürftigkeit des Verletzten noch von dem Vermögen des zur Entschädigung Verpflichteten ab, und das Gesetz stellt es in das Ermessen des Gerichts, nach Lage des einzelnen Falls die Entschädigung in Rente oder in Kapital zuzusprechen. Zweifellos kann von einer Alimentenforderung nicht die Rede sein, wenn die Entschädigung in einer Abfindung in Kapital zuerkannt wird; die rechtliche Natur des Anspruchs kann aber nicht verschieden sein, je nachdem der Richter in Gemäßheit der ihm in § 7 des Gesetzes gewährten Befugniß die Entschädigung in Kapital oder in Rente zubilligt. — Darauf, daß die dem Beklagten zuerkannte Rente zur Bestreitung des Unterhalts für ihn und sein Kind nothwendig sei, kann . . . entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden; denn unter § 749 Z. 2 CPO. sind nur die „auf gesetzlicher Vorschrift beruhende

Alimentenforderungen" von der Pfändung ausgenommen, nicht alle zum nothwendigen Unterhalt des Schuldners erforderlichen Vermögensobjecte, und es ist eine ausdehnende Auslegung dieser Ausnahmevorschrift nicht gestattet."
Beschluß des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 23. Januar 1880. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 231.

---

263. Pfandbestellung für ein noch nicht eingezahltes Darlehn*. — Folgen des Concurses auf Seiten des Pfand- und Darlehnsschuldners** [1]).

*Vgl. Bd. 1 Nr. 410; Bd. 6 Nr. 318; Bd. 12 Nr. 131; Bd. 13 Nr. 113, 132, 238. — **Bd. 3 Nr. 321; Bd. 21 Nr. 269; Bd. 28 Nr. 117; Bd. 34 Nr. 255.

Die R.'schen Eheleute hatten dem Rentier E. in Wiesbaden für eine Darlehnssumme von 25000 M. mehrere Grundstücke in formell rechtsgültiger Weise zu Pfand verschrieben. Gleichzeitig mit dieser Verschreibung wurde jedoch in einem Privatvertrage bestimmt, daß die in Wirklichkeit noch nicht hingegebene Darlehnssumme erst allmählich und zwar in der Weise ausgezahlt werden solle, daß dadurch die nach und nach aufwachsenden Kosten für einen Neubau, den die R.'schen Eheleute auf einem der verpfändeten Grundstücke beabsichtigten, für Rechnung der Letzteren bis zu dem Gesammtbetrage von 25000 M. berichtigt würden. Dem entsprechend hat der Pfand- und Darlehnsgläubiger E. einschließlich einer ihm ausbedungenen Provision diese volle Summe ausbezahlt. Schon ehe dies geschehen, waren aber die R.'schen Eheleute in Concurs gefallen. In diesem Concurse verlangte E., daß seine Forderung im Betrag von 25000 M. liquid erkannt und bevorzugt aus dem Erlöse seiner Pfandobjecte befriedigt werde. Das Gericht 2. Instanz erkannte den Anspruch nur insoweit an, als er auf vor der Concurseröffnung gemachte Zahlungen des E. sich bezog. Dieses Erkenntniß wurde von der obersten Instanz aus folgenden Gründen bestätigt:

Das Pfandrecht setzt seinem Rechtsbegriff nach eine durch dasselbe zu sichernde Schuldforderung voraus. Dies schließt aber die Möglichkeit nicht aus, daß es für eine noch nicht bestehende, sondern erst künftig zu Bestand kommende Forderung bestellt wird. Nun ist zwar bestritten, ob und unter welchen Voraussetzungen in solchem Falle das Pfandrecht als von Zeit seiner Bestellung an datirend zu betrachten ist; nicht bestritten und nicht bestreitbar ist aber, daß es in solchen Fällen nur dann zur Entstehung kommt, wenn auch die in Aussicht genommene Forderung zur Existenz gelangt. Auf dieser Grundlage bewegt sich auch das System des nassauischen Pfandgesetzes vom 15. Mai 1851. . . . Es ist daher nicht abzusehen, wiefern die Grundsätze des deutschen, resp. speciell des nassauischen Hypothekenrechts verletzt sein sollen, wenn der vorige Richter vom Kläger den

[1]) Vgl. jetzt deutsche Concursordnung §§ 1, 5, 6, 12.

Nachweis begehrt, daß zur Zeit der Pfandbestellung der eingeklagte Anspruch bereits bestand, oder daß er, wenn damals nur in Aussicht genommen, seitdem zu Bestand gekommen ist.

Nach der Klage ist es ein Darlehn, welches der Kläger zurückfordert.... Es kann also nur in Frage kommen, ob dasjenige Darlehnsgeschäft perfect geworden ist, aus welchem die eingeklagte Forderung hergeleitet wird. Dies setzt aber Empfang der Darlehnssumme seitens des Schuldners voraus, sei es daß letztere ihm selbst, sei es daß sie für ihn an einen Andern wirksam gezahlt worden ist. Hier soll dies Letztere und zwar in verschiedenen Theilzahlungen geschehen sein. Die Mehrzahl derselben ist jedoch nach dem 4. Octbr. 1877, d. h. erst zu einer Zeit erfolgt, wo bereits über des Schuldners Vermögen der Concurs eröffnet worden war. Diese Zahlungen waren nicht geeignet, den Darlehnsvertrag in rechtliche Wirksamkeit zu setzen.

Durch die Concurseröffnung war dem R. die Disposition über sein Vermögen dergestalt entzogen, daß die Gläubigerschaft keine seiner Verfügungen gegen sich gelten zu lassen brauchte. Insonderheit konnte er sich seitdem weder verpflichten, noch sich zum Nachtheil seiner Gläubiger durch Zahlung von einer Verpflichtung befreien. Beides bezweckten aber gerade die fraglichen Zahlungen des Klägers: sie sollten einerseits R.'s Verpflichtungen aus dem Darlehnsvertrag zur Vollendung bringen, und sie sollten ihn andrerseits von (Dritten gegenüber) erwachsenen Schulden befreien. Hierbei verhielt sich nun zwar der Cridar R. ganz unthätig, nur der Kläger verfügte und zwar vermöge eines Rechts, welches er Ersterem gegenüber wirksam und durch lästigen Vertrag erworben hatte. Dies ändert aber in der Sache nichts. Sowenig als der Cridar selbst durch irgend welche Verfügung die Lage seiner Gläubiger alteriren kann, sowenig können es Andere für ihn — und zwar sowenig in seinem Namen und Interesse (was selbstverständlich), als in ihrem eigenen Interesse und kraft eigenen, durch Vertrag mit dem Cridar erworbenen Rechts. Denn mit dem Ausbruch des Concurses ist auch kein Gläubiger mehr in der Lage, seine Rechte einseitig und anders als in den Formen und Schranken des Concursverfahrens zur Geltung zu bringen. Auch der Kläger war daher darauf angewiesen, seine Interesseforderung auf Grund des Darlehnsvertrags im Concurs anzumelden; keineswegs aber war er befugt, sich erstere durch Fortsetzung der Auszahlungen auch nach eröffnetem Concurs und durch Befriedigung einzelner Gläubiger zum Nachtheil des ganzen Corps der Letzteren auf eigene Hand zu verschaffen. Die Gläubigerschaft war befugt, diese ihr nachtheiligen Folgen der fortgesetzten Auszahlungen abzulehnen, und der vorige Richter hatte somit guten Grund, den darauf basirten Theil der eingeklagten Darlehnsforderung zurückzuweisen.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 13. Februar 1880 in der preuß. (nassauischen) Sache Röhrig w. Ekhardt-Fould. (St.)

I. Civilrecht.

264. Verjährung der Syndicatsklage. Nativität derselben. Die Nichtkenntniß der verletzenden Handlung ist einflußlos*.

*Vgl. Bd. 10 Nr. 31; Bd. 22 Nr. 285; Bd. 24 Nr. 5; Bd. 34 Nr. 174.

Am 30. März 1836 wurde eine Hypothek im Hypothekenbuch durch den Landrichter W. gelöscht, ohne daß die Gläubigerin die Einwilligung zur Löschung ertheilt hatte, oder sonst ein gesetzlicher Grund hierzu vorlag. Erst im Jahre 1873, gelegentlich der Beitreibung rückständiger Zinsen, erhielt die Gläubigerin hiervon und zugleich darüber Kenntniß, daß in demselben Jahre der Zwangsverkauf des schuldnerischen Anwesens und die Vertheilung des Erlöses stattgefunden habe. Der Versuch, durch Geltendmachung der persönlichen Forderung gegen den Schuldner Befriedigung zu erlangen, war bei dessen völliger Mittellosigkeit ohne Erfolg. Sie erhob nunmehr gegen die Erben des inzwischen verstorbenen Landrichters W. Regreßklage unterm 19. Juli 1878, gegen welche die Beklagten sich zunächst mit der Einrede der Verjährung der angestellten Klage vertheidigten.

Diese Einrede wurde vom Bezirksgericht verworfen, weil der Schaden, welcher durch die Löschung verursacht wurde, erst mit dem Zwangsverkauf des Hypothekenobjects im Jahre 1873 effectiv eingetreten, mit dem Eintritt des Schadens aber erst die Syndicatsklage geboren sei; weil Klägerin überdies erst im Jahre 1873 von der Löschung Kenntniß erhalten und ohne solche Kenntniß nicht habe klagen können.

Diese Entscheidung wurde oberstrichterlich nicht gebilligt, und sagen die Motive über diese Frage im Wesentlichen:

Die angef. Entscheidung verstößt gegen die über Verjährung geltenden gemeinrechtlichen Bestimmungen, insbesondere gegen const. 12 de praescr. l. t. 7. 33 und const. 8 de dolo malo 2. 21.

Der Lauf der Verjährungsfrist beginnt mit dem Eintritt der Veranlassung der Klage, d. i. mit dem Zeitpunct, in welchem die Klage geboren wird, bei Klagen auf Schadensersatz also nicht mit dem Zeitpunct, wo die Beschädigung in Erfahrung gebracht wird (non ex eo die, quo se quisque

admissum dolum didicisse commemoraverit), sondern vielmehr mit dem Zeitpunct, in welchem die beschädigende Handlung vorgenommen wird (sed potius ex eo die, quo adseritur commissus dolus).

Vgl. v. Savigny System des R. R. Bd. 5 § 239; Windscheid Pand. Bd. 1 § 107; Unterholzner Verjährungslehre Bd. 1 § 88.

Auch kann der Schaden nicht erst mit der Zwangsversteigerung des Hypothekenobjects und mit der Vertheilung des Stricherlöses unter die übrigen Gläubiger als eingetreten erachtet werden, sondern ist schon mit der Löschung der für die Darlehnsforderung der Klägerin bestellten Hypothek eingetreten. . . . Da die Löschung eines Hypothekeintrages den Verlust der Hypothek, also eines dinglichen Rechts, für den Gläubiger, somit eine Beschädigung desselben nach dem bayer. Hypothekengesetze zur Folge hat und dieselbe, wenn sie, wie hier festgestellt ist, ohne gesetzlichen Löschungsgrund aus grobem Verschulden des Hypothekenbeamten erfolgte, eine verletzende Handlung ist: so ist mit der Vornahme dieser Handlung sofort der Anspruch auf Wiederherstellung der zu Verlust gegangenen Sicherheit, event. anderweitige Abthuung der durch diese Handlung herbeigeführten Rechtsverletzung geboren und beginnt sonach der Lauf der hier fraglichen Verjährung mit dem 30. März 1836.

Insbesondere kann der Umstand, daß die beschädigte Stiftung die verletzende Handlung erst nach der Zwangsversteigerung des St.'schen Anwesens in Erfahrung brachte, nicht zur Anwendung des Satzes „agere non valenti non currit praescriptio" berechtigen. . . . Dieser Satz gilt nämlich nur bezüglich der Verjährung von Temporalklagen, d. i. von Klagen mit kurzer Verjährungsfrist, welche als tempus utile zu berechnen ist, und selbst da nur unter gewissen Voraussetzungen, insbesondere wenn die Entdeckung der Beschädigung so schwierig ist, daß sie der Unmöglichkeit gleichgeachtet werden muß; bezüglich der sog. actiones perpetuae, d. i. Klagen mit der regelmäßigen dreißigjährigen und längeren Verjährungsfrist aber, wo die Verjährung ein tempus utile nicht erfordert, kann der Beginn und Fortlauf der Verjährungsfrist nur durch rechtliche Hindernisse, niemals aber, Kriegsereignisse ausgenommen, durch factische Hindernisse aufgehalten werden. Der in das Dasein der Rechtsverletzung gesetzte Anfangspunct für die Klagenverjährung hat der Regel nach eine völlig objective Natur, und das Verhältniß einer solchen verletzenden Thatsache zu dem Bewußtsein des Klageberechtigten kommt nicht in Betracht.

Vgl. const. 12 cit.; v. Savigny a. a. O. § 239 S. 281, 282; Windscheid a. a. O. § 109; Seuffert Pand. § 30; Unterholzner Bd. 1 § 88 u. Bd. 2 § 260.

Die Nichtkenntniß der Beschädigung ist aber nur ein factisches Hinderniß für die Klagestellung und kann nicht dadurch zu einem rechtlichen Hinderniß erhoben werden, wie von klägerischer Seite geltend gemacht werden will, daß diese Nichtkenntniß, weil nicht verschuldet, einfach als rechtliche

Invalenz des Klageberechtigten bezeichnet wird, was sie nicht ist; auch kann ein rechtliches Hinderniß gegen die Klageſtellung nicht mit der Behauptung begründet werden, daß einer frühern, d. i. vor fraglicher Zwangsverſteigerung, geſtellten Klage die Einrede hätte entgegengeſtellt werden können, daß noch kein Schaden eingetreten ſei; denn dieſe Aufſtellung iſt nach obiger Ausführung unrichtig.

Urtheil des oberſten Gerichtshofs f. Bayern v. 22. Juli 1879. HV. Nr. 4982. (v. L.)

---

265. **Die Verjährung der Klage (insbeſondere der Wechſelklage) wird nur unterbrochen durch eine Klage bei dem zuſtändigen Gericht.**

Vgl. Bd. 11 Nr. 7; Bd. 27 Nr. 88.

Gegen den Ausſteller und Giranten eines proteſtirten Wechſels wurde binnen der 3monatigen Friſt rechtzeitig Regreßklage beim Handelsgericht Wien erhoben, die Klage wurde aber demnächſt wegen Incompetenz des Gerichts abgewieſen. Als dies Erkenntniß rechtskräftig wurde, war jene 3monatige Friſt verſtrichen. Die darauf beim competenten Gericht wiederholte Klage wurde auf Grund der Einrede der Verjährung abgewieſen. Das höchſte Gericht ſprach aus:

Die auf die Art. 78 und 80 der WO. eingebrachte Einwendung, daß der Regreßanſpruch des Klägers durch Verjährung erloſchen ſei, iſt begründet. Wenn der Art. 80 anordnet, daß die Verjährung durch die Behändigung der Klage unterbrochen, alſo nicht bloß gehemmt wird, ſo läßt ſich darunter nur eine Klage verſtehen, welche bei dem competenten Gericht angebracht ward, weil nur eine ſolche die Wirkung, daß darüber in merito entſchieden werde, haben kann, während eine incompetent überreichte Klage, ſelbe möge nun ohne oder nach vorläufiger Verhandlung definitiv erledigt werden, ein wirkungsloſer, nichtiger Act iſt, welcher daher einen hemmenden Einfluß auf den Lauf der Verjährung nicht ausüben kann. Hierzu gelangt man auch in Anwendung des § 1497 des (öſterr.) a. b. GB., wonach die Verjährung für nicht unterbrochen zu halten iſt, wenn die Klage durch rechtskräftigen Spruch für unſtatthaft erklärt wird, da auch im obigen Fall die Klage abgewieſen, der Rechtsſtreit definitiv und ohne Erfolg für den Kläger beendet wird und nur das Reſultat, nicht die Begründung maßgebend iſt. Dieſe Annahme entſpricht auch den Beſtimmungen der WO. über die kurzen Verjährungsfriſten, welche im entgegengeſetzten Fall durch wiederholte Einbringung früher wegen Incompetenz abgewieſener Klagen innerhalb des neu begonnenen Laufs der Verjährung im Widerſpruch mit dieſen Beſtimmungen thatſächlich unverhältnißmäßig lang ausgedehnt würden.

Erk. des oberſten Gerichtshofes in Wien v. 15. Jan. 1879. Allg. öſterr. Gerichtszeitung Jahrg. 1880 S. 143.

266. Die Restitution wegen Minderjährigkeit wird nicht ausgeschlossen durch den Schadensersatzanspruch gegen den Vormund. Sie ist gegen einen andern Privilegirten statthaft, wenn es sich für Letzteren nur um Einbuße eines Vortheils handelt*.

*Vgl. Bd. 26 Nr. 2 nebst Nachw.

Das Vorhandensein einer Läsion wird dadurch, daß dem Minderjährigen gegen seinen Vormund ein entsprechender Schadensersatzanspruch zusteht, nicht ausgeschlossen, weil vielmehr auch dieser Schadensersatzanspruch auf dem Vorhandensein der Läsion beruht. Die Subsidiarität der Restitution hat nur die Bedeutung, daß die Restitution nicht zulässig ist, solange der Verletzte mittels einer andern Klage denselben Erfolg, d. i. die Wiederherstellung des früheren Zustandes, zu erreichen im Stande ist; dieser Grundsatz kann daher nicht zu Raum kommen, wenn dem Verletzten außerdem nur eine Schadensersatzklage zu Gebot steht, und es ist auch in den Quellen mehrfach anerkannt, daß der Regreßanspruch gegen die Vormünder oder Curatoren kein Hinderniß der Restitution ist (fr. 45 § 1 de min. 4. 4; const. 3, 5 si tut. 2. 25). . . .

Ein Rechtssatz des Inhalts, daß die Minderjährigkeit als Restitutionsgrund einem andern Minderjährigen gegenüber überhaupt nicht angerufen werden kann, besteht nicht; es ist vielmehr die Restitution eines Minderjährigen einem andern Minderjährigen gegenüber nur in dem Fall für unstatthaft erklärt, daß durch die Ertheilung der Restitution derjenige Nachtheil, welchen der die Restitution nachsuchende Theil von sich ab wenden will, dem andern Theile zur Last gelegt werden würde (fr. 11 § 6. fr. 34 pr. de min. 4. 4); hier handelt es sich dagegen auf Seiten der Beklagten um die Restitution eines Vortheils, welcher ihr, wie die Vorinstanz angenommen hat, ohne Rechtsgrund zugewandt worden ist.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 4. Mai 1880 in der preuß. (lauenburger[1]) Sache Dorfschaft Kühsen w. Ehlers'sche Vormünder.

---

267. Voraussetzungen der Klage auf Anerkennung der Vaterschaft und auf Alimentirung eines während der Ehe geborenen Kindes gegen einen Dritten.

Vgl. Bd. 34 Nr. 87 mit Nachw.

Die in fr. 5 de in ius voc. 2. 4 aufgestellte Regel „pater est quem nuptiae demonstrant" ist nicht so zu verstehen, daß jedes nach der Ehe-

[1]) Die schädigende Handlung fiel in die Zeit vor Einführung des preuß. Ges. v. 12. Juli 1875, betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Aufhebung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit, in den Kreis Herzogthum Lauenburg.

schließung geborene Kind als ehelich anzusehen sei. Hierzu ist vielmehr nach fr. 12 de statu hom. 1. 5 und fr. 29 pr. de lib. et post. 28. 2 erforderlich, daß das Kind innerhalb jener Zeit der Ehe geboren worden ist, innerhalb deren eine eheliche Zeugung vom Ehemanne möglich gewesen ist, nämlich nicht vor Ablauf des 6. Monats nach Eingehung der Ehe, und nicht später als 10 Monate nach der Trennung derselben.

Wird ein Kind während der bestehenden Ehe seiner Mutter innerhalb der bezeichneten für die Rechtsvermuthung der ehelichen Zeugung sprechenden Zeit geboren, dann gilt es als ein eheliches und kann, insolange nicht auf dem Wege einer Präjudicialklage der Ehemann nachgewiesen hat, daß er das Kind wegen Abwesenheit, Krankheit oder aus anderen Gründen unmöglich erzeugt haben könne und dem Kinde in Folge dessen das Statusrecht ehelicher Geburt abgesprochen worden ist, ein anderer Mann nicht wegen Vaterschaft und Alimentation des Kindes in Anspruch genommen werden (vgl. fr. 6 de his qui sui 1. 6; Seuffert Archiv Bd. 2 Nr. 296).

Wenn aber ein Kind zwar während der Ehe seiner Mutter, aber außerhalb der bezeichneten Zeit, also noch vor dem 182. Tage nach der Eheschließung geboren ist, dann ist es kein ehelich erzeugtes, sondern ein außereheliches. Erkennt der Ehemann in diesem Falle das Kind nicht als von ihm erzeugt an, dann kann gegen den natürlichen Vater Klage auf Anerkennung der Vaterschaft und Alimentation gestellt werden, ohne daß deren Zuständigkeit von einer vorherigen Aberkennung von Familienrechten durch einen mit dem Ehemann der Mutter zu führenden Präjudicialstreit abhängt. Das Kind kann allerdings auch von dem späteren Ehemann der Mutter schon vor der Ehe erzeugt worden sein und gegen denselben Klage auf Anerkennung der Vaterschaft erhoben werden; allein eine solche Vorausklagung des Ehemanns ist bei dem Mangel einer gegen denselben sprechenden Vermuthung vorehelicher Zeugung und der Vaterschaft keine Vorbedingung zur Verfolgung eines andern von der Kindsmutter bezeichneten Schwängerers.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 30. März 1880. HV. Nr. 5424. (v. L.)

---

268. Berechtigung einer eingetragenen Genossenschaft zur Geltendmachung der von dem früheren, in die Genossenschaft übergeleiteten Personenverein erworbenen Forderungen.

„Der § 1 des Reichs-Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 bestimmt:

Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Credits . . . betreffen, erwerben die im gegenwärtigen Gesetz bezeichneten Rechte einer eingetragenen Genossenschaft unter den nachstehend angegebenen Bedingungen ꝛc.

Der Ausdruck „erwerben“ ist mit Rücksicht auf die vielen vor der Herrschaft des Gesetzes bereits vorhandenen Genossenschaften gewählt,

welchen die Rechtsfähigkeit verschafft werden sollte. Sie werden also nicht als untergegangen, sondern nur als mit erweiterten Rechten ausgestattet und in gewissem Sinne als identisch mit der eingetragenen Genossenschaft gedacht. Diese Identität ist aber, da die eingetragene Genossenschaft, wenngleich die ehemaligen physischen Vereinsgenossen dieselben geblieben sind, allerdings ein neues Rechtssubject bildet, nur von dem gesammten, in das Vermögen des Letzteren aufgehenden vermögensrechtlichen Bestande des alten Vereins, d. h. nur im objectiven Sinne zu verstehen (vgl. Parisius die Genossenschaftsgesetze Erläut. 8 zu § 1 S. 170). Hier ist ausdrücklich eines Präjudizes des kgl. preuß. Obertribunals gedacht, in welchem dem Schuldner eines Vorschußvereins, welcher sich später in eine eingetragene Genossenschaft umgewandelt hat, die Befugniß abgesprochen worden ist, der Letzteren den Einwand der mangelnden Activlegitimation entgegenzustellen.

In Uebereinstimmung hiermit bestimmt ferner § 71 des angezogenen Gesetzes, daß in dem Vermögensstande einer schon bestehenden Genossenschaft durch deren Eintragung in das Genossenschaftsregister nichts geändert werde. Es ist klar, daß hier der Ausdruck „bestehende Genossenschaft" gleichbedeutend mit dem in § 1 gebrauchten Ausdruck „Gesellschaft" ist. . . . Der Absatz 1 des § 71 betrifft recht eigentlich das Gebiet der Ueberleitung bestehender, bis dahin nicht mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteter Genossenschaften in die rechtliche Form der eingetragenen Genossenschaften. Er bestimmt, daß jede eingetragene Genossenschaft, welche vordem als nicht eingetragene existirt hat, in Ansehung aller Vermögensrechte — gleichviel ob Activa oder Passiva in Betracht kommen — als Rechtsnachfolgerin der alten Genossenschaft anzusehen sei. Da die Genossenschaft erst durch ihre Eintragung in das Register vermögensrechtliche Person wird, vorher aber rechtlich nur eine durch Vertrag verbundene Personenmehrheit ist, so kann man behaupten: nach dem ersten Absatz des § 71 übt die Eintragung einer Genossenschaft die Wirkung aus, daß jener Personenmehrheit für die Zeit vor der Eintragung die Eigenschaft eines selbständigen Rechtssubjects fingirt wird (vgl. Parisius a. a. O. S. 398).

Erk. des OAG. zu Dresden v. 2. August 1878. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 46 S. 513 ff. (X.)

---

269. Ernstlichkeit der Willenserklärung.

Vgl. Bd. 5 Nr. 146.

In den von dem OAG. zu Jena gebilligten Gründen eines Erk. 2. Instanz heißt es:

Der Beklagte hat sich nur bemüht zu zeigen, daß, wenn es auch nur Einem der Contrahenten bei einem Vertragsabschluß nicht Ernst gewesen

sei, der Vertrag keine Gültigkeit habe, weil zu dessen Zustandekommen, zu seiner rechtlichen Wirksamkeit, die Absicht, sich verbindlich zu machen, wesentlich erforderlich sei. Diese Argumentation ist jedoch offenbar unrichtig, wenn dem andern Contrahenten jener Mangel einer ernstlichen Absicht, sich durch den Vertrag zu verpflichten, unbekannt gewesen und nicht erkennbar gemacht worden ist, vielmehr der Vertragsabschluß in seiner äußern Erscheinung die Annahme der Ernstlichkeit zu rechtfertigen geeignet war[1]).

Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen u. Anhalt Bd. 27 (N. F. Bd. 7) 1880 S. 46, 47, 48. (X.)

---

270. Die Annahme einer Vertragsofferte unter Hinzufügung einer Modalität enthält eine neue Vertragsofferte.

Vgl. Bd. 32 Nr. 29.

Der Beklagte stellte am 17. November 1877 bei der M. allgemeinen Versicherungs-Actiengesellschaft durch deren Agenten den schriftlichen Antrag, ihn auf ein Jahr unter den ihm bekannten, in der hierauf zu ertheilenden Police speciell aufgeführten Versicherungsbedingungen gegen die Folgen körperlicher Unfälle zu versichern. Die Versicherungsgesellschaft ließ hierauf dem Beklagten eine Police zustellen, nach welcher sie ihn „unter den vorgedruckten allgemeinen und nachstehenden besonderen Bedingungen" für die Zeit vom 1. December 1877 bis 1. December 1878 gegen eine jährliche Prämie von 72 ℳ. mit der Maßgabe versicherte, daß diese Versicherung, wenn sie mit dem Ablauf der genannten Versicherungsperiode aufhören solle, einen Monat zuvor aufgekündigt werden müsse, und daß sie, wenn eine solche Kündigung nicht erfolge, abermals auf ein Jahr und sofort als in Kraft bestehend angesehen werde.

Beklagter hat die Prämie vom 1. December 1877 bis 1. December 1878 gezahlt, die Versicherung nicht gekündigt und verweigert die Bezahlung der Prämie für Versicherung vom 1. December 1878 bis 1. December 1879. Die Versicherungsgesellschaft hat deshalb Klage gestellt, auf welche der Beklagte erwiderte: er habe mit dem Agenten der Gesellschaft vereinbart, daß er nur auf ein Jahr versichert werde und nach Ablauf dieses Jahrs über Fortsetzung der Versicherung Entschluß fassen wolle; er sei daher auch nur für ein Jahr zu zahlen schuldig; die Police habe er nicht gelesen.

In 1. Instanz war der Beklagte zur Zahlung verurtheilt worden. Die 2. Instanz legte dagegen vorerst der Klägerin den Beweis auf, daß dem

---

[1]) Vgl. v. Savigny System Bd. 3 S. 259; Mommsen Erörterungen aus dem Obligationenrecht Heft 2 S. 99; Windscheid im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 63 (N. F. Bd. 13) S. 72, 99 ff.

Beklagten bei Unterzeichnung des Versicherungsvertrages vom 17. November 1877 die Bestimmungen der Police bezüglich der Kündigung bekannt gewesen seien. Durch oberstrichterliches Urtheil wurde diese Entscheidung nicht gebilligt, im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

Das Berufungsgericht hat die Entscheidung des Streits von dem Umstande abhängig gemacht, ob dem Beklagten bei Unterzeichnung des Versicherungsvertrages vom 17. November 1877 die Bestimmung der Police bezüglich der Kündigung bekannt war, da ihn der Policeninhalt nur insoweit verpflichte, als derselbe den beim Abschluß des Versicherungsvertrages getroffenen Verabredungen entspreche. Dieser Grund wäre an sich richtig, aber die Voraussetzung ist falsch; denn der sogenannte Versicherungsvertrag vom 17. November 1877 war kein Vertrag, sondern, wie er in der Ueberschrift genannt ist, ein Versicherungsantrag, in welchem der Beklagte erklärte, daß die Versicherung auf ein Jahr geschlossen werden solle und ihm die in der zu ertheilenden Police aufgeführten Versicherungsbedingungen bekannt seien. Auf diesen Antrag ließ die Versicherungsgesellschaft dem Beklagten die Police mit dem oben angeführten Inhalt zustellen. Hiernach wurde der Antrag nicht so, wie er gestellt worden war, angenommen, sondern als weitere Bestimmung oder Bedingung . . . des abzuschließenden Vertrages wurde beigefügt, daß die Versicherung vom 1. December 1877 bis 1. December 1878 gelte, und daß, wenn sie mit dem Ablauf dieser Versicherungsperiode aufhören solle, sie einen Monat zuvor schriftlich aufgekündigt werden müsse, und daß sie, wenn von keiner Seite eine Kündigung erfolge, abermals auf ein Jahr als in Kraft bestehend angesehen werde.

Nach fr. 1 § 3 de verb. obl. 45. 1 wird durch die Annahme unter einer Bedingung oder mit einem Zusatz oder einer Einschränkung der angebotene Vertrag nicht abgeschlossen, eine solche Annahme enthält vielmehr einen neuen Antrag. Erklärt der andere Theil sich ausdrücklich oder stillschweigend mit dieser einverstanden, so wird ein anderer Vertrag als der zuerst angebotene abgeschlossen (Windscheid Pand. Bd. 2 § 307 Ziff. 5). Diesen Rechtsgrundsatz hat das allg. deutsche Handelsgesetzbuch ausdrücklich in Art. 322 aufgenommen. In dem Commentare hierzu von Hahn ist Bd. 2 S. 160 bemerkt: Bei Verhandlungen über Verträge wechselt regelmäßig die Rolle des Offerenten mit jeder Erklärung, welche nicht eine pure Annahme oder Ablehnung der letzten Offerte enthält; unter Bedingungen — Art. 322 — sind Modificationen der Offerte gemeint.

Vgl. Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 12 S. 54; Busch Archiv Bd. 22 S. 359.

Die Annahme oder Nichtannahme des neuen Antrags der Versicherungs-Actiengesellschaft nach Stellung des neuen Antrages von Seiten des Beklagten ist von wesentlichem Einfluß auf die Entscheidung dieses Rechtsstreites.

Das Berufungsgericht hat demnach dadurch, daß es den Versicherungsantrag vom 17. November 1877 als einen abgeschlossenen Vertrag beurtheilt und den Bestimmungen in der Police über die Kündigung nur insoweit eine rechtliche Wirkung zuerkannt hat, als sie zur Zeit des Versicherungsantrages dem Beklagten bekannt gewesen seien, die Rechtsregeln über den Abschluß der Verträge, insbesondere die angeführte Gesetzesstelle verletzt.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 26. April 1880. HV. Nr. 5496. (v. L.)

---

271. Liegt eine stillschweigende Entlassung des Schuldners aus dem Schuldverbande darin, daß der Gläubiger von dem Uebernehmer der Schuld Zinsen annimmt und ihm den Posten kündigt?

Vgl. Bd. 7 Nr. 21, Nr. 22 Not. 1, Nr. 316; Bd. 8 Nr. 30 a. E.; Bd. 21 Nr. 39. (Vgl. unten Nr. 279.)

Der Kläger G. schuldete dem Beklagten S. ein auf dem Hause des Klägers hypothekarisch eingetragenes Kapital von 4000 M., zu dessen fernerer Sicherung er dem Beklagten außerdem eine ihm selbst, dem Kläger, zuständige hypothekarische Obligation als Faustpfand übergeben hatte. Kläger veräußerte darauf sein Haus an den Rentier R., welcher in dem Kaufcontract jenes Kapital von 4000 M. als eigene Schuld übernahm; später übertrug R. das Grundstück verkäuflich an die Wittwe C., und auch diese übernahm dabei die fragliche Schuld von 4000 M. vertragsmäßig als die ihrige. — Hiernächst belangte der ursprüngliche Schuldner G. den Gläubiger S. auf Rückgabe der demselben zum Faustpfand gegebenen Obligation mit der Behauptung, seine, des Klägers, Pfandschuld sei dadurch erloschen, daß Beklagter S. jenen Schuldübernahmen unter ausdrücklicher Entlassung des Klägers aus dem Schuldverbande zugestimmt, außerdem aber auch eine solche Zustimmung dadurch erklärt habe, daß er Zinszahlungen von den neu eingetretenen Schuldnern angenommen und der Wittwe C. das fragliche Kapital von 4000 M. gekündigt habe.

Die behauptete ausdrückliche Schuldentlassung wurde dem Kläger zum Beweise verstellt, dagegen seine Berufung auf eine stillschweigende Entlassung in beiden Instanzen verworfen. Gründe des Berufungsurtheils:

In der Annahme von Zinsen, welche angeblich von dem Rentier R. und der Wittwe C. dem Beklagten auf die Schuld des Klägers gezahlt sind, kann man eine Entlassung des Klägers aus dem Schuldverbande unmöglich finden, da diese Zinsen, wie das Landgericht mit Recht hervorhebt, auch von jedem Dritten für den Kläger mit der Wirkung der Liberation desselben gezahlt werden konnten, folglich nicht einmal so viel zugegeben werden kann, daß der Beklagte die Käufer des früher klägerischen Grund-

stücks, indem er etwa von ihnen solche Zinszahlungen annahm, in irgend einer Weise als seine persönlichen Schuldner behandelt habe.

Aber auch aus der Kündigung, welche der Beklagte der Wittwe C. hat zugehen lassen, steht die behauptete Entlassung des Klägers nicht mit Nothwendigkeit zu folgern. . . . Es handelt sich hier um die Frage nach einer stillschweigenden Willenserklärung, welche nur dann angenommen werden kann, wenn aus dem Verhalten des Handelnden nach allen Umständen des concreten Falles ein anderer Schluß sich nicht füglich ziehen läßt als der, daß er in der That den fraglichen Willen gehabt habe. Will man nun auch ein entscheidendes Gewicht darauf allein nicht legen, daß obligatorische Rechte nicht durch einseitiges Aufgeben, sondern nur durch die von dem Schuldner erklärte Acceptation des Verzichts des Gläubigers erlöschen, während doch die der Wittwe C. ausgesprochene Kündigung des Beklagten keine dem Kläger gegenüber abgegebene und von diesem angenommene Willenserklärung enthielt, so entscheidet doch jedenfalls, daß der mittels jener Kündigung etwa kundgegebene Wille des Beklagten, die Wittwe C. als seine Schuldnerin anzusehen, durchaus nicht nothwendig zusammenfällt mit dem Willen, dieselbe nunmehr als seine alleinige Schuldnerin anzusehen, nämlich zugleich den Kläger aus dem Schuldverbande zu entlassen. Selbst wenn der Beklagte vor der Kündigung davon Kenntniß erhalten haben sollte, daß sowohl von R. als von der Wittwe C. bei dem Erwerb des Grundstücks das fragliche Kapital als eigene Schuld unter der Verabredung der Befreiung des Klägers von der Schuld übernommen worden sei, so konnte doch Beklagter seinerseits ebensowohl von der Absicht ausgehen, einen zweiten Schuldner neben seinem bisherigen, wie von der, einen neuen alleinigen Schuldner anstatt des bisherigen zu erhalten, und man kann dieser letzteren Annahme um so weniger den Vorzug geben, als es sich um einen stillschweigenden Verzicht handelt, dem beklagtischen Verhalten aber die concludente Beschaffenheit schon dann abgeht, wenn eine anderweite Erklärung dieses Verhaltens den Umständen nach nicht füglich ausgeschlossen bleibt.

Vgl. auch Seuffert Archiv Bd. 8 Nr. 30 a. E., Bd. 21 Nr. 39.

Erk. des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 21. Mai 1880 i. S. Grote w Schaper wegen Herausgabe einer Obligation. (W.)

---

272. Unfall, herbeigeführt durch übertriebenen Diensteifer des Verunglückten; Beurtheilung der Verschuldung.

Vgl. Bd. 34 Nr. 43, 127.

„Endlich kommt zu beachten, daß es sich nicht um ein unberufenes Wagniß, sondern um einen Exceß des Diensteifers handelt, und daß auf

diesem Gebiet, wo ein muthvolles, nicht auf die eigene Schonung bedachtes Handeln eine berechtigte und lobwürdige Eigenschaft bildet, die Grenzlinie der Verschuldung überhaupt höher zu stecken und eben deshalb das Aufsteigen zu der Annahme einer groben Verschuldung um so schwerer zu nehmen ist."

Erk. des OLG. zu Stuttgart v. 27. Jan. 1880 i. S. Unfallsversicherungsgesellschaft Z. w. B. (P.)

---

273. Nachbarrecht bezüglich der Anlegung von Fenstern; in der vertragsmäßigen Gestattung solcher Anlegung liegt nicht die Bestellung einer entsprechenden Dienstbarkeit*. Rechtsausübung aus Chicane**.

*Vgl. Bd. 2 Nr. 139; Bd. 6 Nr. 15; Bd. 14 Nr. 13. — **Vgl. Bd. 32 Nr. 204 nebst Nachw.; Bd. 34 Nr. 140 S. 200.

Der Kläger G. hat mit Erlaubniß des verstorbenen Mannes der Beklagten F. zwei Fenster in der an den Hofraum der Beklagten grenzenden Wand seines Hauses anlegen lassen; die Beklagte hat vor dieser Wand in einer Entfernung von 86 cm von der Hauswand und kaum 30 cm von seinem Dache aus Eichenholz und Lehmfachwerk eine 5 m hohe Wand errichtet, welche obigen beiden Fenstern fast alles Licht entzieht und nach Klägers Behauptung für ihr Grundstück durchaus keine Bedeutung hat. In 1. Instanz wurde auf erhobenen Beweis die Beklagte der Klagbitte gemäß verurtheilt, die Wand bei Strafe zu beseitigen, jede Störung des Licht- und Luftzutritts zu den zwei Fenstern zu unterlassen und dem Kläger Schadensersatz zu leisten. In den Entscheidungsgründen des von der Juristenfacultät zu Halle abgefaßten, oberstrichterlich bestätigten Erkenntnisses 2. Instanz wurde im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Das ältere röm. Recht beschränkte, solange keine gegentheilige Vereinbarung stattgefunden, den Eigenthümer der Wand nicht in der beliebigen Anlage von Fenstern in derselben. Der Grundsatz des fr. 8 § 5 si servitus vind. 8. 5: „in suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat" gilt auch in dieser Beziehung, und der Satz eines griechischen Philosophen: „nihil interesse, utrum oculos an pedes in alienum immittamus" hat, ungeachtet des Bedenkens von *Cujacius* observatt. I. 31, rechtlich keine Geltung (vgl. *Donellus* comment. de iure civili XI. 5 § 7, 8). Dagegen gilt das Princip aber auch in der umgekehrten Richtung: hat der Nachbar in seinem an mein Grundstück anstoßenden Gebäude Fenster, die ihm Licht oder zugleich Aussicht gewähren, so ist es für den von mir unternommenen Bau kein rechtliches Hinderniß, daß derselbe ihm die Aussicht versperrt, ja vielleicht ein durch jene Fenster bisher genügend erhelltes Zimmer nun völlig verdunkelt. Nur wenn er die Befugniß dazu obliga-

torisch oder durch Bestellung einer Servitut besonders erworben hätte, würde ein Widerspruchsrecht dagegen ihm zustehen (fr. 26 de damno infecto 39. 2; const. 9 in f. de servitut. et aqua 3. 34). Die Bestimmungen der const. 12 § 3, 4 de aedif. priv. 8. 10 können hierin nichts ändern, da diese als lex restituta keinen Theil des recipirten deutschen gemeinen Rechts bildet[1]. Aus den in gar vielen deutschen Territorien geltenden, vom gemeinen Recht abweichenden, aber auch unter einander materiell sehr verschiedenen Bestimmungen läßt sich, trotz der gegentheiligen Meinung von Maurenbrecher Lehrbuch des deutschen Privatr. 2. Ausg. Bd. 1 § 220, auf ein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht nicht schließen. Insbesondere für das sächs. Recht bezeugt dies *Leyser* meditt. ad Pand. spec. 107 med. 2. 3.

Ist sonach weder nach gemeinem deutschen, noch (wie weiter ausgeführt wird) nach dem betreffenden Particularrecht anzunehmen, daß der Besitzer eines mit Fenstern versehenen Gebäudes dem Nachbar von Rechts wegen und wenn keine dahin zielende Uebereinkunft vorliegt, untersagen könne, ihm diese Fenster zu verbauen, so ist nun weiter zu prüfen, ob ein solches Untersagungsrecht im vorliegenden Fall durch das bei Errichtung der fraglichen Fenster zwischen dem Kläger und dem Vorbesitzer der Beklagten Verhandelte begründet sei. F. hat dem G. erlaubt, in seiner Wand nach dem Grundstück des Erstern gerichtete Fenster anzulegen, Weiteres aber nicht. Ein Versprechen, seinen Grund und Boden, sofern dies im wirthschaftlichen Interesse läge, zur Aufführung von Baulichkeiten nur so zu benutzen, daß dadurch jenen Fenstern kein Licht entzogen werde, ist in der fraglichen Erlaubniß durchaus nicht enthalten; sie erkannte nur einfach eine dem G. schon auf Grund der natürlichen Freiheit zustehende Befugniß an, ohne die entsprechende Befugniß des andern Theils irgendwie zu beschränken. Man könnte in Bezugnahme auf fr. 12, fr. 21 de rebus dub. 34. 5 zu sagen geneigt sein, daß, da G. auch ohne Erlaubniß des Nachbars berechtigt gewesen sei jene Fenster herzurichten und sich nicht vermuthen lasse, daß G. Selbstverständliches sich erst ausdrücklich habe bewilligen lassen, jene Erlaubnißertheilung in einem weiteren Sinn, nämlich dahin verstanden werden müsse, daß F. sich verpflichtet habe, den errichteten Fenstern das Licht nicht zu entziehen. In der That sagt Beseler deutsches Privatr. § 93 lit. c Ziff. 3, 3. Ausg. S. 359: „Dem Recht Fenster zu haben steht regelmäßig der entsprechende Anspruch zur Seite, daß sie nicht eigenmächtig verbaut werden" (vgl. Gutachten der Jenaer Juristenfacultät v. 1677 in Emminghaus Pand. des sächs. Rechts S. 471 Nr. 3. Walter deutsches Privatr. § 130 Anm. 4). In einen Vertrag aber eine umfassendere Verbindlichkeit hinein zu interpretiren, als der an sich klare Wortsinn giebt, ist um so bedenklicher, wenn, wie im vorliegenden Fall.

[1]) Vgl. dieses Archiv Bd. 35 Nr. 4.

sich leicht erklären läßt, warum der scheinbar überflüssige Vertrag geschlossen ward. Bei der großen Mannigfaltigkeit der in den deutschen Territorien über das Fensterrecht geltenden Grundsätze konnte nämlich ein Laie, obwohl er nichts weiter bezweckte, als wozu er ohnehin berechtigt war, es füglich gerathen finden, sich zu besserer Sicherung vom Nachbar zu der von ihm beabsichtigten Neuerung noch besonders autorisiren zu lassen.

Obwohl es hiernach scheint, als ob Kläger nicht befugt sei, von der Verklagten die Hinwegnahme einer ihm hinderlichen Baulichkeit zu verlangen, so bleibt doch zu erwägen, daß jener Ausfluß der natürlichen Freiheit nur insofern, als er im Interesse der Verklagten liegt, Rechtsschutz beanspruchen kann; nicht aber, wenn er nur chicanöserweise gemißbraucht werden soll, um den andern Theil in seinen berechtigten Interessen zu kränken. Unzweifelhaft ist der Grundbesitzer befugt, um zu seinen Bedürfnissen Wasser zu erlangen, beliebig tief zu graben, ohne daß der Nachbar dem widersprechen dürfte, wenn dadurch seinem eigenen Brunnen das Wasser entzogen wird (fr. 24 § 12, fr. 26 de damno inf. 39. 2). Dagegen sagt aber fr. 1 § 12 de aqua et aquae pluv. arc. act. 39. 3: „Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi: nec de dolo actionem. Et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi, id fecit“ (vgl. fr. 2 § 9 in f. eodem; *Carpzov* jurisprud. forens. II. 41 defin. 11; *Mevius* comment. ad ius Lubecense III. 12 act. 13 § 9; Beseler a. a. O. Ziff. 2). — Daß nun ein solcher Fall, wo der Bau lediglich um den Nachbarn zu ärgern und zu benachtheiligen, ohne alles eigene Interesse vorgenommen wurde, daß ein „Neidbau“ hier vorliege, hat G. in der Klagschrift deutlich genug behauptet. Diese Behauptung muß aber auch für erwiesen gelten. . . .

Die Verurtheilung der Verklagten muß aber auf Beseitigung der ganzen böswillig aufgeführten Wand, nicht etwa nur, wie Verklagte gegenwärtig beantragt, auf Erniedrigung derselben bis zu der Höhe gerichtet bleiben, mit welcher die Fenster beginnen. Obwohl sie nämlich in ihrem untersten Theile das Eindringen des Lichtes in jene Räumlichkeiten überall nicht, oder doch nicht wesentlich hindern kann, ist doch die ganze Aufführung in rechtswidriger Absicht unternommen, und so Entstandenem Schutz zu gewähren kann das Recht sich nicht herbeilassen. Ueberdies hat Verklagte kein Interesse namhaft zu machen gesucht, um dessen willen ihr an dem Fortbestehen dieses Theiles der Mauer gelegen sei.

Ebenso muß es bei der im angef. Erk. ausgesprochenen Verpflichtung der Verklagten, dem Kläger allen ihm erwachsenen Schaden zu ersetzen, bewenden, da Verklagte diesen Schaden durch ihre böswillige Handlung herbeigeführt hat.

Nicht gerechtfertigt erscheint es dagegen nach der dem gegenwärtigen Urtheil zum Grunde liegenden Auffassung des Rechtsverhältnisses, wenn

das angef. Erk. die Verklagte auch für schuldig erachtet, jede Stör des Licht- und Luftzutritts zu den zwei fraglichen Fenstern zu un lassen. Begründet war diese Entscheidung nach der Auffassung des vor Richters, der in der Erlaubniß, Fenster nach der Seite des Nachbars brechen, zugleich die Errichtung einer servitus ne luminibus officia fand. Indem aber gegenwärtig der klägerische Anspruch als nur durch böswillige Absicht der Verklagten gerechtfertigt erachtet wird, muß anerk werden, daß die Erhellung der klägerischen Räumlichkeiten hindernde A rungen auch ohne solche Absicht, nämlich im wirthschaftlichen Inte der Verklagten liegend gedacht werden können, in welchem Fall Kl ihnen nicht würde widersprechen können.

Erk. des OAG. zu Jena v. 29. Novbr. 1878. Blätter f. Rechtspfl. Thüringen u. Anhalt Bd. 27 (N. F. Bd. 7) S. 61 ff. (L.)

---

274. Besitz- und Eigenthumserwerb an verkauften Früchten auf dem H

Vgl. Bd. 18 Nr. 209; Bd. 19 Nr. 123; Bd. 24 Nr. 209; Bd. 26 Nr. 6; Bd. 28 Nr. Bd. 32 Nr. 207, sowie die folgende Nr. (Auch Bd. 35 Nr. 96 nebst Nachw.)

S. hatte wegen einer Forderung an die Ehefrau H. im Juni 1 die Ernte an Winterfrucht von fünf Grundstücken derselben gerichtlich pfänd lassen. Hiergegen erhob B. auf Grund eines im April 1877 mit Ehefrau H. abgeschlossenen Vertrages, durch welchen er das Eigent der damals noch auf dem Halm stehenden Früchte erworben zu h behauptete, Zwischenklage auf Freigebung der gepfändeten Ernte. Zwischenverklagte hielt die Zwischenklage schon deshalb für unbegrün weil Zwischenkläger das Eigenthum erst mit der Perception der Frü habe erwerben können.

Höchstrichterlich wurde die Zwischenklage aus folgenden Gründen a wiesen:

„Der Besitz bzw. das Eigenthum an der verkauften noch im B stehenden Winterfrucht konnte nicht eher auf den Zwischenkläger überg als bis dieselbe durch Separation vom Grund und Boden eine selbstä körperliche Sache geworden war. Dabei konnte es auch keinen Unter machen, ob, wie das AG. annimmt, die Aecker, auf welchen die Fr stand, dem Zwischenkläger behufs Beerntung derselben überwiesen w Denn einestheils konnte dadurch nicht herbeigeführt werden, daß Früchte dieser Aecker vor der Trennung von denselben Eigenthum Käufers wurden, andrerseits wurde durch die Besitzübertragung an Aeckern nicht auch der Besitz an den Früchten als selbständigen S begründet, noch ist zu ersehen, welchergestalt dieser Besitz sich du Separation zu dem vom AG. anerkannten Eigenthum umgewandelt habe.

Die auf Grund des Eigenthums des Zwischenklägers an den gepfändeten Früchten den Zwischenverklagten verurtheilende Entscheidung des AG. . . . unterliegt deshalb der Vernichtung ꝛc."

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 26. Novbr. 1878 in der hessischen Sache Spier w. Brenzel. Heuser Annalen Bd. 24 S. 211.

---

275. Der Verkauf von Bäumen auf dem Stock zum Zweck der Fällung ist als Verkauf beweglicher Sachen anzusehen.

Vgl. die vorige Nr., sowie Bd. 18 Nr. 207.

„Der Eigenthumsanspruch[1]) der Klägerin an den in Frage stehenden Stämmen erscheint nach Art. 306 des HGB. selbst dann als begründet, wenn der Auctor der Klägerin, F., deren Eigenthum nicht erworben gehabt hätte. Denn obgleich dieselben zur Zeit des Kaufabschlusses mit F. noch nicht gefällt waren, liegt doch eine Veräußerung beweglicher Sachen vor, weil der Kauf über die Stämme in der Absicht ihrer Fällung abgeschlossen worden ist (Wächter württ. Privatrecht Bd. 2 S. 221; Goldschmidt Handelsrecht Bd. 1 Aufl. 2 S. 686)" . . .

Erk. des OLG. zu Stuttgart (2. Civilsen.) v. 4. Decbr. 1879 i. S. M. w. M., Eigenthumsklage betr. (P.)

---

276. Servitus stillicidii. Einfluß von Aenderungen an dem herrschenden Gebäude.

Der Pfarrstadel in L. hatte ein Traufrecht an dem klägerischen Hofraum. Als der Verklagte 1876 das Pfarrgrundstück gekauft hatte, ließ er den Stadel abbrechen und auf dessen Stelle, jedoch einige Schritte von der klägerischen Grenze weiter zurück, zwei neue Häuser aufführen, von deren etwas höheren Dächern das Regen- und Schneewasser fortan nicht mehr direct in des Klägers Hofraum, sondern zunächst auf des Verklagten Grund und Boden und erst von dort in den niedriger belegenen klägerischen Hofraum abfloß. Kläger wollte dies nicht dulden und klagte auf Beseitigung dieses Zustandes. In zwei Instanzen abgewiesen legte er gegen das Urtheil des Berufungsgerichts Nichtigkeitsbeschwerde ein, in welcher er die Grundsätze des röm. Rechts über die servitus stillicidii als verletzt bezeichnete, weil das Be-

---

[1]) Ebenso ist entschieden vom OAG. Dresden (Bd. 18 Nr. 209), OAG. Oldenburg (Bd. 24 Nr. 209, Bd. 26 Nr. 6) und fürs Gebiet des Sachsenspiegels vom OAG. Berlin (Bd. 28 Nr. 232); entgegengesetzt vom OAG. München (Bd. 19 Nr. 123), AG. Celle (Bd. 32 Nr. 207) und Obertribunal Berlin (6. Sen.) (vor. Nr.).

rufungsgericht den Häusern des Verklagten gegenüber dem Grundstück Klägers ein Traufrecht zugesprochen habe, obschon nach der thatsächlic Feststellung die Dachtraufe zunächst auf den eigenen Grund des Verklag abfalle und von da erst auf des Klägers Grund ablaufe. Diese Beschwe blieb ohne Erfolg, und führen die Gründe der verwerfenden Entscheidu in diesem Puncte aus:

In den Digesten wird als eine Gebäudedienstbarkeit in fr. 2 S. P. U. 8. 2 auch das Recht aufgeführt „stillicidium" — nämlich d vom Dache tropfenweise abfallende Regenwasser — „avertendi in tect vel aream vicini". Diese Servitut wird nun allerdings in der Re mit dem Inhalt entstehen, daß das atmosphärische Wasser vom Dach d herrschenden Gebäudes unmittelbar auf das dienende Grundstück d Nachbars niederfällt. Gleichwohl hat die erwähnte Grundgerechtigkeit ih wesentliche Bedeutung bloß darin, daß das aus der Atmosphäre kommen und von dem Dach des herrschenden Grundstücks abgleitende Wasser v dem dienenden Grundstück aufgenommen werden muß, und es ist hier rechtlich von keinem entscheidenden Einfluß, ob das bezeichnete Wasser vo Dach des herrschenden Gebäudes unmittelbar oder mittelbar in d dienende Grundstück gelangt, wenn nur mit dem ersteren keine solche V änderung vor sich ging, daß in Folge dessen dem letzteren die Aufnahm des Wassers zu einer größeren Belästigung gereicht. Es ist an sich e für Grunddienstbarkeiten allgemein gültiger Satz, daß der Servitutberechtig die Lage des dienenden Grundstücks wohl erleichtern, aber nicht verschlimmer darf. Die Anmerkungen zu dem, hier zunächst in Anwendung kommende bayer. Landrecht besagen mit Bezugnahme auf fr. 20 § 5 de S. P. U. 8. daß mit Rücksicht auf jenen Grundsatz die Traufe nicht erniedrigt, od der Ort, wo sie ursprünglich abfiel, zum Nachtheil des dienenden Grundstück nicht verändert, ebensowenig ein stillicidium in ein flumen verwandel nämlich ein ursprünglich in das Nachbargrundstück tropfenweise abfallende Regenwasser nicht etwa in einem Kanal oder einer Rinne auf dasselb abgeleitet, wohl aber die Traufe erhöht oder weiter zurückgerückt werde dürfe. Aus den Worten der angeführten Digestenstelle, welche den Grun für Zulässigkeit des Zurückrückens angeben „quia in nostro magis incipie cadere" (sc. stillicidium) läßt sich nicht folgern, daß wenigstens noch ein Theil der Traufe unmittelbar auf das fremde Grundstück falle müsse; vielmehr schreiben dieselben überhaupt kein bestimmtes Maß vor wie weit ein Zurückrücken des herrschenden Gebäudes stattfinden darf ohne den Bestand des Traufrechts selbst zu gefährden. Für den Bestand dieses Rechts kann es daher nur darauf ankommen, daß das Traufwasser von dem Dach des herrschenden Gebäudes, ungeachtet der Zurückrückung desselben, noch auf das dienende Grundstück zu gelangen vermag und in keiner für dieses lästigeren Weise dahin gelangt. Nun sind wohl die Mauern

r beiden Häuser des Verklagten, welche nach der maßgebenden Thatchichte auf der Grundfläche des abgebrochenen und ursprünglich mit dem aufrecht ausgestatteten sog. Pfarrstadels erbaut wurden, im Vergleich t der früheren bezüglichen Stadelwand um 1—2½ m auf den Grund d Boden des Verklagten zurückversetzt worden. Kläger aber behauptet bst, daß das von der östlichen Dachseite der bezeichneten Häuser des rklagten abfließende Regen- und Schneewasser in seinen, des Klägers, ofraum eindringt, während andrerseits der Berufungsrichter als gewiß genommen und thatsächlich näher begründet hat, daß weder die im Verltniß zu dem früheren Stadel erfolgte bauliche Zurücksetzung der Häuser sich, noch eine sonstige Veranstaltung die Folge hatte, den Wasserzulauf r den Hofraum des Klägers lästiger zu gestalten.

Indem daher das Berufungsgericht Entscheidung dahin getroffen hat, ß die mit dem früheren Pfarrstadel verbundene Servitut nach dessen bbruch und der auf dem Areal des Stadels bewirkten Erbauung der äuser, obschon nunmehr die Traufe zunächst auf den Hof des Verklagten bst abfällt, auf jene Häuser übergegangen ist, erscheint bei den obwaltenden mständen durch diese Entscheidung die oben angeführte gesetzliche Bestimmung ber den Begriff des activen Traufrechts und die Vorschrift des bayer. andrechts, welcher gemäß eine Servitut mit Wiederherstellung eines untergangenen herrschenden oder dienenden Grundstücks wieder aufleben kann, icht verletzt.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 7. Mai 1880. HV. Nr. 5494. (v. L.)

---

277. Umfang einer Fahrdienstbarkeit bei vermehrtem Bedürfniß durch Hinzulegung von Grundstücken zu dem berechtigten Anwesen.

Vgl. Bd. 5 Nr. 142; Bd. 20 Nr. 16; Bd. 22 Nr. 119.

Im Jahre 1865 hatte K. ein häusliches Anwesen, ein Leerhaus, käuflich erworben, zu welchem früher auch Ländereien gehörten, und später hatte K. auch einige Ländereien erworben, die er von dem Hause aus bewirthschaftete. Nun trat gegen ihn sein Nachbar M. mit der Negatorienklage auf, weil K. sich anmaße, behufs Bewirthschaftung dieser Grundstücke über des M. Hofraum zu fahren, obwohl keinem dieser Grundstücke ein solches Fahrrecht zustehe. Dabei räumte aber M. ein, daß dem Anwesen des K. ein Recht, über des Klägers Hofraum zu fahren, zustehe. Die Klage wurde als unbegründet abgewiesen. In den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen heißt es:

Kraft der dem Anwesen des K. zustehenden Berechtigung, nach Maßgabe des Bedürfnisses dieses Anwesens über des M. Hofraum zu fahren, nicht kraft einer den zu seinem Anwesen hinzugekauften

Grundstücken zustehenden Fahrgerechtigkeit, behaupte K. auch die zur Bewirthschaftung der letztern erforderlichen Fahrten von und zu seinem Anwesen über des M. Hofraum nehmen zu dürfen, und ein solcher Inhalt des dem K. zustehenden Fahrrechts verstoße nicht gegen die über Servituten bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere nicht gegen fr. 5 § 1 de S. P. R. 8. 3 und Thl. II c. 7 § 2 Nr. 5 des bayer. Landrechts; denn den Bedürfnissen eines Anwesens diene auch ein Fahrrecht, welches dessen Besitzer berechtige, von und zu demselben über benachbartes fremdes Eigenthum behufs der Bewirthschaftung von Grundstücken zu fahren, welche mit dem Anwesen zwar nicht räumlich verbunden seien, aber doch einen Bestandtheil desselben bildeten und von demselben aus bewirthschaftet würden. Nicht letzteren Grundstücken, welche, abgesehen von ihrer Verbindung mit dem berechtigten Anwesen, behufs ihrer Bewirthschaftung eines Fahrrechts über das dem Anwesen benachbarte fremde Eigenthum garnicht bedürften, gereiche in diesem Fall das Fahrrecht zum Vortheil, sondern vielmehr dem Anwesen selbst, von welchem aus in Folge der Verbindung jener Grundstücke mit demselben deren Bewirthschaftung erfolge und für welches demgemäß das Bedürfniß entstehe, auch zur Bewirthschaftung der mit ihm verbundenen Grundstücke die Fahrt von und zu dem Anwesen über das benachbarte fremde Eigenthum zu nehmen.

Dabei könne zugegeben werden, daß sich der von K. behauptete Inhalt bzw. Umfang seiner Fahrberechtigung nicht von selbst verstehe, und rechtlich sei die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß das einem Anwesen zustehende Fahrrecht nach der Art und Weise seines Erwerbs auf das Bedürfniß desselben in der räumlichen Ausdehnung, welche dasselbe in einem gewissen Zeitpunct gehabt habe, beschränkt sei, daß demnach die Servitut nicht zur Befriedigung eines durch die Vergrößerung des Anwesens hervorgerufenen höheren Bedürfnisses ausgedehnt werden dürfe. Allein ein solcher Fall liege nicht vor; denn es sei auch festgestellt, daß die dem Anwesen des K. zustehende Fahrberechtigung ihrem Inhalt bzw. Umfange nach nicht auf solche Fahrten beschränkt sei, welche zum Vortheil des Anwesens in seinem Bestande zur Zeit des Erwerbes durch K. gemacht würden, daß vielmehr die bestehende Servitut ihrem Inhalt bzw. Umfange nach auch als auf solche Fahrten sich erstreckend angenommen werden müsse, welche zum Zweck der Bewirthschaftung der mittlerweile zu dem Anwesen hinzu erworbenen Grundstücke unternommen würden, weil von den Parteien nirgends factische Anhaltspuncte für die Annahme eines im obigen Sinn beschränkten Inhalts der Servitutberechtigung gegeben seien.

Erk. des obersten LG. f. Bayern v. 3. Decbr. 1879. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 45 S. 58 ff. (X.)

278. Stillschweigende Servitutbestellung durch Veräußerung von Grundstücken, welche bisher in der Hand des gemeinschaftlichen Eigenthümers thatsächlich die Stellung eines herrschenden und eines dienenden Grundstücks eingenommen haben; insbesondere bei der Theilung von Miteigenthum.

Vgl. Bd. 31 Nr. 119 mit Nachw.; Bd. 32 Nr. 115.

Die Wiese des Beklagten Kaspar W., Plan Nr. 2019, und jene des Klägers Andreas Cl., Plan Nr. 2020, waren früher im Eigenthum des Christoph Cl.; dieser übergab im Jahre 1860 letztere Wiese seinem Sohn Andreas Cl., erstere dem zweiten Sohn Kasimir Cl., dem Vorbesitzer des Beklagten, zur Nutznießung. Im Jahre 1868 starb der Vater Christoph Cl.; aber erst im December 1875 theilten die genannten Söhne den väterlichen Nachlaß, welchen sie bis dahin gemeinschaftlich besessen hatten. Hierbei erhielt Andreas Cl. die Wiese Plan Nr. 2020 und Kasimir Cl. jene Plan Nr. 2019, welch' letztere dieser im Jahre 1876 dem nunmehr beklagten Kaspar W. verkaufte. Sowohl während der Zeit als Christoph Cl. beide Wiesen besaß, als auch während des gesonderten Nutzungsbesitzes der Brüder Andreas und Kasimir Cl., desgleichen nach des Vaters Tode bis zu der Erbschaftstheilung vom December 1875 wurde die Wiese Plan Nr. 2019 mittels eines künstlichen von Plan Nr. 2019 bis zu der auf der Wiese Plan Nr. 2020 befindlichen Quelle gezogenen Grabens von dieser Quelle aus bewässert. Diese Wässerung bildet ein wesentliches Bedürfniß für die Wiese Plan Nr. 2019, weil diese Wiese an sich ganz trocken war.

Auf Grund dieser thatsächlichen Feststellungen wurde von den Instanzgerichten die von Andreas Cl. erhobene Klage, mit welcher er dem Beklagten die Ableitung des Wassers dieser Quelle auf seine Wiese Plan Nr. 2019 bei Strafe zu untersagen beantragt hatte, als unbegründet abgewiesen und zwar in 2. Instanz unter Bezugnahme auf fr. 10, 36 und 37 de P. S. U. 8. 2, fr. 10 de relig. 11. 7 und fr. 1 de servit. leg. 33. 3. — Die gegen diese Entscheidung eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen, und ist in den Gründen bemerkt:

Das Berufungsgericht ging von dem Rechtssatze aus: Wenn der Eigenthümer zweier Grundstücke das eine zum Vortheil des andern benutzt habe, sodann das eine dieser Grundstücke oder auch beide gleichzeitig an verschiedene Personen veräußere, ohne daß hierbei über die Fortdauer der bisherigen Benutzung ausdrücklich etwas bestimmt werde, so werde gemeinrechtlich auf Grund der angeführten Gesetzesstellen angenommen, daß die Veräußerung mit dem Recht auf Fortdauer des seitherigen Zustandes erfolge, also durch die Veräußerung selbst ein Servitutrecht für das bisher factisch herrschende Grundstück stillschweigend bestellt werde; nur werde dabei vorausgesetzt, daß ein wesentliches Bedürfniß des herrschenden Grundstücks und eine äußerlich erkennbare Anlage zum Zweck jener Benutzung vorhanden

sei. — Die Richtigkeit dieses Rechtssatzes ist auch in der Doctrin u
Praxis wenigstens unter der Einschränkung allgemein anerkannt, daß dasje
Grundstück, zu dessen Vortheil das andere benutzt wurde, veräußert wi
also das veräußerte die Eigenschaft des herrschenden erhält; oder daß be
gleichzeitig an verschiedene Personen veräußert werden; während die Gelt
des Satzes für den Fall, daß das veräußerte Object das dienende wä
also für das nicht veräußerte die Fortdauer der bisherigen Benutzung
veräußerten als Servitutberechtigung reservirt sein solle, nicht unbestritt
ist (vgl. Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 18).

Mit Recht hat auch der Berufungsrichter den auf die Begründu
der Servitut gerichteten Willen der Betheiligten als das entscheide
jedoch bei dem Vorhandensein der fraglichen thatsächlichen Voraussetzung
bis zum Beweise des Gegentheils zu vermuthende Moment anerkan
Einer thatsächlichen Feststellung darüber, daß die Contrahenten bei
Theilung wirklich den Willen hatten, die bisherige Benutzung der auf P
Nr. 2020 befindlichen Quelle zur Wässerung des Plans Nr. 2019 auch
Zukunft und zwar als Servitut bestehen zu lassen, bedurfte es nicht, nach
die thatsächlichen Voraussetzungen der für das Dasein dieses Willens
Contrahenten sprechenden gesetzlichen Vermuthung als gegeben festgest
wurden. Denn die gesetzliche Vermuthung hat eben die Bedeutung,
sie den Beweis einer Thatsache, hier des inneren Willensacts, ersetzt.

Nichtigkeitskläger erachtet es ferner für eine unrichtige Gesetzesanwendu
wenn Berufungsrichter den eben erwähnten Rechtssatz auch auf die
liegend stattgehabte Theilung gemeinschaftlichen Eigenthums anwend
erklärt und diese als einen Act der Veräußerung, wie er in den angeführ
Digestenstellen vorausgesetzt werde, qualificirt habe, und beruft sich hier
auf den gemeinrechtlichen Satz in fr. 20 § 5 de S. P. U. 8. 2, fr. 13 §
fr. 23 i. f., fr. 29 de S. P. R. 8. 3, wonach Beschränkungen der Frei
des Eigenthümers nicht zu begünstigen und im Zweifel gegen das Da
einer Servitut zu entscheiden sei. Allein diese Digestenstellen enthal
bloß Beispiele und zwar von Veräußerungen sowohl durch letztwillige V
fügung als durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, insbesondere durch K
vertrag, ohne auf den Titel der Veräußerung überhaupt ein Gewicht
legen und ohne die Theilung des Miteigenthums, die unter den genere
Begriff der Veräußerung fällt, auszuschließen. Es ist auch der nach
thatsächlichen Feststellungen hier gegebene Fall innerlich ganz gleich gea
mit dem Fall einer Veräußerung durch Kauf oder Tausch, da ja in
That die Theilung des Miteigenthums einen gegenseitigen Austausch
sämmtlichen, bisher gemeinschaftlich gewesenen Antheile enthält und da
jeder Theilhaber des Miteigenthums durch die reale Theilung sowohl v
äußert als erwirbt. Der gesetzliche Grund für die Vermuthung, daß
bisherige Benutzung des einen Grundstücks zum Vortheil des andern

den Theilenden auch für die Zukunft und zwar als Servitutberechtigung gewollt sei, trifft hier nicht weniger zu, als wenn der Alleineigenthümer zweier Grundstücke, von welchen das eine dem andern factisch diente, eines derselben oder jedes an einen Andern verkauft oder letztwillig vermacht.

Ferner wird der von dem Berufungsgericht adoptirte Rechtssatz wenigstens in dieser Allgemeinheit von dem Nichtigkeitskläger bestritten mit der Ausführung, daß weder in den angeführten Digestenstellen noch sonst im Gesetze ausgesprochen sei, daß, wenn der Eigenthümer zweier Grundstücke, von welchen das eine zum Vortheil des andern benutzt wurde, das erstere, d. i. das factisch dienende veräußert, ohne sich die Fortbenutzung des veräußerten zum Vortheil des nicht veräußerten ausdrücklich vorzubehalten, bezüglich des letzteren eine Servitut erwerbe; im Gegentheil sprächen die einschlägigen Stellen dafür, daß der Veräußerer eines Grundstücks, welcher sich an demselben eine Servitut ausbedingen wolle, solches ausdrücklich mit deren namentlicher Bezeichnung thun müsse, so in fr. 1 i. f. de serv. leg. 33. 3; fr. 30, 34 de S. P. U. 8. 2; fr. 7, 10 comm. praed. 8. 4; Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 18. — Nun sei aber in gegenwärtigem Fall gerade der Vorbesitzer des Beklagten derjenige, welcher seinerseits das angeblich dienende Grundstück ohne jeglichen Vorbehalt einer Servitut an demselben veräußert habe. — Es ist nun allerdings nicht unbestritten, ob die Annahme einer stillschweigenden Servitutbestellung nur in dem Fall, wenn der Eigenthümer zweier Grundstücke, von welchen er das eine zum Vortheil des andern benutzt hat, das letztere, d. h. das bisher factisch herrschende veräußert, statthaft sei, oder ob ebenso auch im umgekehrten Fall die stillschweigende Reservirung einer Servitut für das nicht veräußerte Prädium an dem veräußerten rechtlich angenommen werden könne. Es steht jedoch diese Controverse für den vorliegenden Fall deshalb nicht in Frage, weil, wie bereits erörtert, im Fall der Veräußerung durch Theilung des Miteigenthums jeder Theilhaber zugleich Veräußerer und Erwerber ist und es darum als einseitig aufgefaßt und somit unrichtig erscheint, wenn behauptet wird, nur der Vorbesitzer des Beklagten sei derjenige, welcher seinerseits das factisch dienende Grundstück ohne Vorbehalt einer Servitut veräußert habe; indem vielmehr mit demselben Recht gesagt werden kann und muß: Andreas Cl., welcher mit Kasimir Cl. Miteigenthümer (pro indiviso) der beiden Wiesen Plan Nr. 2020 und 2019 war, hat durch die Theilung sein Miteigenthum an Plan Nr. 2019 gegen Erwerb des Alleineigenthums an Plan Nr. 2020 an Kasimir Cl. veräußert, und ist sohin der Letztere als derjenige zu betrachten, welcher das bisher factisch herrschende Grundstück (Plan Nr. 2019) erworben hat.

Ein weiterer Nichtigkeitsgrund soll in der Annahme des Berufungsrichters bestehen, daß zur stillschweigenden Servitutbestellung nur die Voraussetzung eines wesentlichen Bedürfnisses des herrschenden Grundstücks

und eine sichtbare Anlage gehöre; indem vielmehr diese Art der Servitutbegründung erfordere, daß die bisherige Benutzung für die Erhaltung der veräußerten Sache unentbehrlich sei, was aber im gegenwärtigen Fall nicht zutreffe, weil nach der Feststellung die Wiese Plan Nr. 2019 durch Bewässerung zwar besser werden möge, aber die letztere zur Erhaltung oder naturgemäßen Benutzung der Wiese nicht nothwendig sei. Gegen diesen Anfechtungsgrund ist jedoch zu erinnern: Der Begriff des Wesentlichen schließt das Merkmal des Nothwendigen in sich. Wenn daher der Berufungsrichter den zur Anwendung gebrachten Rechtssatz dahin einschränkt, es müsse durch die bisherige Benutzung des einen Grundstücks zum Vortheil des andern einem wesentlichen Bedürfniß des letzteren abgeholfen werden, so hat er diesen Rechtssatz in abstracto nicht anders als der Nichtigkeitskläger selbst, sowie auch in Uebereinstimmung mit der Doctrin und Praxis aufgefaßt. Was aber in Anwendung auf den einzelnen Fall wesentlich oder nothwendig ist, läßt sich nicht ein- für allemal durch Aufstellung des absoluten Maßstabes des zur Erhaltung Unentbehrlichen bestimmen, sondern hängt von der eigenthümlichen Beschaffenheit des betreffenden Gegenstandes ab, ist somit eine im einzelnen Fall nach den besonderen Umständen zu beantwortende Thatfrage. Das Berufungsgericht hat auch durch seine thatsächliche Feststellung dem Erforderniß eines wesentlichen Bedürfnisses genügend bestimmten Ausdruck gegeben.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 3. Febr. 1880. HB. Nr. 5310. (v. L.)

---

279. Der Käufer, welcher gegenüber dem Verkäufer die eingetragenen Hypothekschulden übernimmt, wird dadurch nicht zum persönlichen Schuldner des Hypothekgläubigers.

Vgl. Bd. 22 Nr. 41; Bd. 23 Nr. 120; Bd. 32 Nr. 219 mit Nachw.; Bd. 33 Nr. 146. (Vgl. auch oben Nr. 271.)

Auf Grund des zwischen der Gutsverwaltung A. und den Eheleuten D. und E. abgeschlossenen Vertrags vom 19. Mai 1874 haftete auf der den Letzteren gehörigen Realität in X ein Pfandrecht zu Gunsten der Ersteren zur Sicherstellung eines Biercredits bis zum Betrage von 4000 fl. Die Realität wurde, als der Credit vollständig erschöpft war, durch Kaufvertrag vom 2. Januar 1876 an die Eheleute B. und C. verkauft u. A. gegen Uebernahme jener Schuld von 4000 fl. Die Gutsverwaltung, welche diesem Vertrage nicht beigetreten war, klagte gegen die Käufer die 4000 fl. ein und erzielte deren Verurtheilung „bei sonstiger Execution der Realität". Wegen dieser Einschränkung des Executionsrechts appellirte die Gutsverwaltung und beantragte unbedingte Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung bei beliebiger Execution.

Das Obergericht gab der Appellation statt. Es fand in der Schuldübernahme eine Assignation, „die zwar nach § 1402 des (österr.) a. b. GB. bis zum Beitritt der Klägerin als angewiesener Gläubigerin unvollständig, immerhin aber für die Beklagten rechtsverbindlich war. Durch die vorliegende Klage ist nun die Klägerin der Assignation beigetreten, welcher Beitritt, da das Gesetz hierzu keinen Präclusivtermin vorschreibt, solange die unvollständige Anweisung besteht, mit Rechtswirkung erklärt werden kann. Hierdurch ist aber die Assignation eine vollständige und sind die Beklagten Personalschuldner der Klägerin geworden . . .".

Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch das Urtheil 1. Instanz, indem er ausführte:

„Damit die Klägerin berechtigt wäre, wegen ihrer auf der Realität der Beklagten pfandrechtlich versicherten, von denselben mit Kaufvertrag vom 2. Januar 1876 übernommenen Forderung die Execution gegen die Beklagten nicht bloß auf die Hypothek, sondern auch auf ihr anderweitiges Vermögen zu führen, müßte nachgewiesen sein, daß der Klage eine vollständige Assignation zu Grunde liege. Eine vollständige Assignation, wie sie die §§ 1400 und 1401 a. b. BG. vorschreiben, deren rechtliche Wirkung überdies wäre, daß der Gläubiger die Forderung gegen den ursprünglichen Schuldner nicht mehr stellen kann, liegt aber nicht vor. Zur Zahlung der eingetragenen 4000 fl. waren die Beklagten schon als Käufer der Realität nach § 443 a. b. GB. verpflichtet; daß aber die Verkäufer D. und E. in dem Kaufvertrag, bei welchem die Klägerin garnicht intervenirte, dieselbe mit ihrer Forderung von 4000 fl. an die Beklagten als Zahler an Stelle der Verkäufer angewiesen hätten, ist im Kaufvertrag nicht enthalten und wurde auch sonst nicht nachgewiesen. Ebenso liegt eine Erklärung der Klägerin nicht vor, die Beklagte an Stelle der Verkäufer als Personalschuldner annehmen zu wollen, und ist eine solche Erklärung auch in der überreichten Klage . . . nicht enthalten; vielmehr ist die Klage sowohl von Außen als in ihrem Begehren gegen die Beklagten als Käufer und Eigenthümer der zur Hypothek dienenden Realität, somit nicht als Personalschuldner gerichtet."

Erk. des obersten Gerichtshofes in Wien v. 22. Jan. 1879. Allg. österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1880 S. 167.

---

280. Geltendmachung eines vom Verkäufer mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrags von Seiten des Käufers.

Vgl. Bd. 2 Nr. 18; Bd. 7 Nr. 22 Not. 1; Bd. 13 Nr. 16; Bd. 20 Nr. 15; Bd. 23 Nr. 219; Bd. 32 Nr. 218.

In einem zwischen dem hannoverschen Kriegsministerium und der Stadt Hameln am 18/23. November 1850 geschlossenen Vergleich, betr. das Terrain der früheren dortigen Festung, insbesondere die Abtretung verschiedener zu demselben gehöriger Grundstücke an die Stadt, war im § 15 bestimmt:

Alle Lasten, welche die kgl. Militärverwaltung wegen der ehemaligen Festung zu Hameln und als Inhaberin des dortigen Festungsterrains seither in Beziehung auf die Unterhaltung und den Neubau von Wegen, Brücken, Kanälen und Ufer befestigungen, sowie hinsichtlich der Aufräumung von Flüssen und Gräben zu tragen gehabt hat, soweit sie derselben noch jetzt obliegen und nicht auf Dritte übertragen sind, werden vom 1. October 1850 an von der Stadt Hameln übernommen.

Später veräußerte das Kriegsministerium von dem ihm verbliebenen Festungsterrain ein am Weserufer belegenes Grundstück an die Fabrikanten W. u. R., von diesen erwarb dasselbe darauf der Kläger Wolters. Letzterer forderte unter Berufung auf die gedachte Vergleichsbestimmung von dem Magistrat zu Hameln, weil darnach auf diesen die Last der Uferbefestigung übergegangen sei, Ersatz der Kosten, welche Kläger wegen seines fraglichen Grundstücks auf die Befestigung und Instandhaltung des Weserufers habe verwenden müssen. Der Beklagte bestritt, daß Kläger aus jenem Vergleich, welcher nur obligatorische Wirkungen habe erzeugen können, ein Recht in Beziehung auf die nach wie vor auf dem klägerischen Grundstück gesetzlich ruhende Uferbaulast für sich herzuleiten befugt sei. — Das Gericht 1. Instanz trat dem Beklagten bei. Von dem Berufungsgericht wurde, nachdem unter Bezugnahme auf die betr. landesgesetzlichen Bestimmungen ausgeführt worden, daß die öffentlichrechtliche Eigenschaft der Uferbaulast Entschädigungsansprüche auf Grund privatrechtlich übernommener Verpflichtungen zur Tragung dieser Baulast nicht ausschließe, folgendermaßen entschieden:

Es ist dem Kläger darin beizutreten, daß nach dem Inhalt des zwischen dem kgl. Kriegsministerium und dem Magistrat der Stadt Hameln am 23. November 1850 abgeschlossenen Vergleichs die Annahme begründet erscheint, daß von der Stadt Hameln alle Uferbaulasten, welche wegen des ehemaligen Festungsterrains seither von der Militärverwaltung getragen waren, übernommen sind, nicht nur die Uferbaulasten derjenigen Grundstücke, welche derzeit auf die Stadt Hameln eigenthümlich übertragen wurden. Es handelt sich hier darum, ob die Stadt durch den Vergleich nur dem Kriegsministerium gegenüber eine Verpflichtung übernommen hat oder ob aus jenem Vertrage auch jeder Singularnachfolger des Kriegsministeriums im Eigenthum der zum vormaligen Festungsterrain gehörigen Grundstücke Rechte für sich herleiten kann, da Kläger nicht hat behaupten können, daß ihm Rechte des Kriegsministeriums aus dem Vertrage vom 23. November 1850 durch ausdrückliche Cession übertragen seien. Es muß jedoch im vorliegenden Fall dafür gehalten werden, daß Kläger auch ohne daß eine Cession stattgehabt, Rechte aus dem Vergleich vom 23. November 1850 für sich geltend zu machen befugt ist. Denn der fragliche Vergleich stellt sich seinem Inhalt nach als ein solcher dar, welcher zu dem Zweck geschlossen ist, die rechtlichen Verhältnisse bezüglich des Hameler Festungsterrains definitiv und für alle Zeiten zu regeln, und hat nicht nur für den Fall, daß die Militärverwaltung im Besitz der ihr derzeit noch verbliebenen Grundstücke sein

de, auch das rechtliche Verhältniß bezüglich der Uferbaulaſten feſtſtellen llen. Es ſtellt ſich daher der Vertrag als ein mit Rückſicht auf die htlichen Verhältniſſe des fundus (intuitu fundi) geſchloſſenes pactum le dar, welches nach fr. 17 § 5 de pactis 2. 14, obgleich vom Verkäufer geſchloſſen, auch dem Käufer zugute kommen ſoll.

Vgl. Seuffert Archiv Bd. 13 Nr. 16, Bd. 2 Nr. 18; Urtheil des 1. Sen. des OAG. zu Celle v. 4. April 1863 i. S. Kriegsminiſterium w. Feſſel.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 30. April 1880 i. S. J. A. Wolters w. den Magiſtrat der Stadt Hameln wegen Forderung. (W.)

---

281. Soldaten, welche noch unter väterlicher Gewalt ſtehen, können ſich auf das sct. Macedonianum nicht berufen.

In einem Urtheil des OLG. zu Darmſtadt wurde ausgeführt:

Die entkräftende Wirkung der Replik, daß der Beklagte zur Zeit der ontrahirung der Darlehen Soldat geweſen ſei, deren Wahrheit außer weifel ſtehe, müſſe anerkannt werden. Der Rechtsgrund der Replik gehe us der an ſich klaren Vorſchrift Juſtinian's in const. 7 § 1 ad sct. laced. 4. 28 hervor. Die herrſchende Doctrin betrachte deshalb die igenſchaft des Hausſohns als Soldat ſtets als eine die Einrede aus em sct. entkräftende Thatſache.

v. Vangerow Pand. Bd. 1 § 245 Anm. unter 2. e; Thibaut logiſche Auslegung § 18; Holzſchuher Theorie u. Caſuiſtik Bd. 1 S. 693 Aufl. 2; Wening-Ingenheim Bd. 2 § 268; Seuffert Pand. Bd. 2 § 312; Arndts Pand. § 282 Not. 2; Glück Commentar Bd. 12 S. 59; Weiske Rechtslexicon (Luden) Bd. 3 S. 233 ff.

Es werde zwar nach dem Vorgang Mühlenbruch's, Pand. § 575 er übrigens jene Thatſache nur dem Vater, nicht dem Sohne gegenüber i Darlehen für wirkungslos erkläre) noch von einigen andern Rechtslehrern, ie Puchta (Pand. § 306 Not. t Aufl. 11) und Windſcheid (Pand. 373 Not. 6), jene Lehre beſtritten, indem ſie nur unter der Vorausſetzung, daß der Hausſohn ein peculium castrense habe, die Einrede in Wegfall kommen laſſen wollten; allein mit Unrecht, da der dispoſitive Theil es erwähnten Geſetzes jede derartige Auslegung ausſchließe. Es komme er namentlich in Betracht, daß das ganze Geſetz überflüſſig ſein würde, a die Haftung des Hausſohns, auch wenn er kein miles ſei, bis zum etrag des caſtrenſiſchen Peculiums ſchon in den Vorſchriften der Digeſten weifelhaft beſtimmt ſei (fr. 1 § 3 u. fr. 2 de scto. Maced. 14. 6). ußerdem laſſe ſich aus dem Nachſatz, welcher die enunciative Erläuterung de, unmöglich jene beſchränkende Auffaſſung deduciren; vielmehr drücke ſich rin gerade die Rechtsanſicht des Geſetzgebers aus, daß der miles als ni iuris betrachtet werden und für ſeine Creditgeſchäfte die Präſumtion

bestehen solle, daß sie als causae castrenses aufzufassen seien. In Wirklichkeit könne auch das Geld, welches ein Soldat durch aufgenommene Darlehen erhalte, nur als ein castrensisches Vermögen betrachtet werden, und insofern er mit Rücksicht hierauf die Verpflichtung zur Rückzahlung in genere übernommen habe, falle diese Verpflichtung unter den Gesichtspunct einer *causa castrensis*. Zudem sage der dispositive Theil des Gesetzes in den Worten „ob quam causam etc." ausdrücklich, daß es keinen Unterschied machen solle, für welchen Zweck — also einerlei, ob für ein castrensisches oder anderes Peculium — das Darlehen vom miles filius familias aufgenommen werde. Die namentlich von Bucha a. a. O. geltend gemachte Erwägung, daß jene gesetzliche Vorschrift ein privilegium odiosum der Soldaten enthalten würde, sei nicht zutreffend; vielmehr enthalte umgekehrt das Gesetz insofern eine Begünstigung des Soldaten, als es demselben eine dem Hausſohn sonst entzogene Creditfähigkeit gewähre, kraft deren er durch gesetzliche Autorisation zur Aufnahme gültiger Darlehen ermächtigt und in die günstige Lage versetzt werde, außerhalb des väterlichen Hauses und ohne die vielleicht unzureichende väterliche Unterstützung sich eine seinem Stand entsprechende öconomische Existenzfähigkeit zu verschaffen.

Urtheil des OLG. zu Darmstadt v. 2. Decbr. 1879 i. S. Mayer w. Waitz. (Kr.)

---

282. Umwandlung eines Rechtsbesitzes in ein Precarium.

Anläßlich der Klage auf Anerkennung eines Weiderechts in gewissen fiscalischen Waldungen ward festgestellt, daß schon im Jahr 1837 die Forstverwaltung den betheiligten Weidegenossen eröffnet hatte: daß die Weide fortan nur noch vergünstigungsweise, auf beliebigen Widerruf der Forstverwaltung, ausgeübt werden dürfe und daß seitdem von den Weidegenossen eine ihnen von der Forstverwaltung abverlangte Recognition bezahlt worden war. Es ward darin die Verwandlung des bis dahin unangefochten ausgeübten Weiderechts in ein Precarium gefunden. — Die Nichtigkeitsbeschwerde der abgewiesenen Kläger wurde verworfen und dabei u. A. ausgesprochen:

Die Beschwerdeführer glauben den Begriff eines Precariums hier deshalb ausgeschlossen, weil sie sich zur Zeit jenes Vorgangs im Jahre 1837 bereits im Besitz dieser Weidenutzung befanden und deshalb der Forstverwaltung eine Besitzeinräumung bezüglich dieser Weidenutzung garnicht erübrigte. Allein die Thatsache, daß die Kläger sich bereits im Besitz dieser Weideausübung befanden, hindert keineswegs die Umgestaltung ihres bis dahin etwa innegehabten Rechtsbesitzes in ein Precarium. Es ergiebt sich dies aus fr. 22 pr. de prec. 43. 26, wo ausdrücklich bestimmt ist, daß derjenige, welcher das was er bereits besitzt precario von dem Eigenthümer zugestanden erhält, aufhört aus dem früheren Grunde zu besitzen und

anfängt bittweiſe zu beſitzen „videri te desinere ex prima causa possidere et incipere ex precario habere“.

Urtheil des oberſten LG. f. Bayern v. 9. Juli 1880. HV. Nr. 5595. (v. L.)

283. Begründung des Revalirungsanſpruchs des Traſſaten*. — Gefälligkeitsaccept**.

*Vgl. Bd. 20 Nr. 224 nebſt Nachw.; Bd. 21 Nr. 123; Bd. 27 Nr. 226; Bd. 28 Nr. 130; ſ. auch Bd. 35 Nr. 76 nebſt Nachw. — **Vgl. Bd. 32 Nr. 133 nebſt Nachw.

Die Klägerin hat ihre Klage auf folgende Anführungen geſtützt: Der verſtorbene X habe verſchiedene von dem Beklagten als Ausſteller unterſchriebene Wechſel aus Gefälligkeit acceptirt; dieſe Wechſel ſeien von ihr als Rechtsnachfolgerin des Acceptanten eingelöſt; Beklagter habe daher ihr die Wechſelbeträge nebſt Koſten zu erſtatten. Aus den Gründen:

„Es entſteht die Frage, ob es auf die Behauptung, die Acceptation der Wechſel ſei aus Gefälligkeit erfolgt, überhaupt ankomme, oder ob nicht vielmehr der Umſtand, daß die Klägerin als Rechtsnachfolgerin des Acceptanten die von ihr vorgelegten Wechſel eingelöſt habe, zur Begründung der Klage auf Deckung gegen den Beklagten als Ausſteller genüge und es Sache des Letzteren geweſen wäre, ſeinerſeits Umſtände darzulegen und unter Beweis zu ſtellen, welche den Anſpruch der Klägerin auf Deckung in dem vorliegenden Fall als unbegründet erſcheinen laſſen könnten.

Die Anſicht, daß zur Begründung der Klage des Acceptanten eines Wechſels auf Deckung gegen den Traſſanten (der ſog. Revalirungsklage) die Thatſache, daß Erſterer den Wechſel eingelöſt habe, genüge, wird allerdings von angeſehenen Rechtslehrern vertheidigt, hat auch vielfach in den Erkenntniſſen der Gerichtshöfe Anerkennung gefunden; derſelben kann indeſſen nicht beigetreten werden. In der Tratte liegt an und für ſich kein Grund, welcher den Traſſanten zur Schadloshaltung des Bezogenen für die Acceptation und Zahlung des Wechſels verpflichten könnte. Allerdings enthält die Tratte eine Aufforderung an den Bezogenen, die Wechſelſumme zu zahlen; indeſſen iſt es bei dieſer Aufforderung nur darauf abgeſehen, daß der Bezogene ſeinerſeits durch die Acceptation eine Wechſelverpflichtung übernehme und demnächſt erfülle. Erfahrungsmäßig iſt bei dem Ziehen eines Wechſels keineswegs immer die Abſicht vorhanden, daß der Bezogene einen Anſpruch auf Schadloshaltung für die in Folge ſeiner Acceptation geſchehene Einlöſung des Wechſels haben ſolle; vielmehr können verſchiedenartige Rechtsverhältniſſe dem Ziehen und der Acceptation eines Wechſels zu Grunde liegen; insbeſondere kommt es auch vor, daß durch den Wechſel eine Schuld des Acceptanten an den Traſſanten getilgt, ſowie daß die Deckung von einem Andern als dem Traſſanten dem Acceptanten

gewährt werden soll. Die in dem Wechsel enthaltene Aufforderung zur Zahlung kann also, wenn der Bezogene in Folge hiervon acceptirt und gezahlt hat, für sich allein die actio mandati contraria gegen den Trassanten nicht begründen, da nach den im Verkehr herrschenden Grundsätzen in einer solchen Aufforderung nicht eine Willenserklärung des Inhalts gefunden werden kann, daß der Trassant dem Bezogenen für die Deckung verpflichtet sein wolle. Der Acceptant, welcher einen Wechsel eingelöst hat, muß daher, wenn er den Trassanten auf Deckung in Anspruch nehmen will, besonders darlegen, daß eine derartige Verpflichtung in dem dem Wechselzuge zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß begründet sei.

Die Wechselordnung enthält in der Vorschrift des Art. 23, wonach der Bezogene auch dem Aussteller eines gezogenen Wechsels wechselmäßig haftet, eine Bestätigung dafür, daß die Tratte für sich allein nicht geeignet ist, eine Verpflichtung des Ausstellers zur Deckung des Acceptanten zu begründen. Denn andernfalls würde der Acceptant ohne weitere thatsächliche Begründung auf Grund seines aus der Tratte selbst sich ergebenden Anspruchs auf Deckung eine Einrede gegen die Wechselklage des Ausstellers vorschützen können, der Bezogene also, vielleicht von Ausnahmefällen abgesehen, nicht schon, wie der Artikel bestimmt, aus dem Accept, sondern nur dann dem Aussteller haften, wenn dieser durch Anführung weiterer Thatsachen eine derartige Einrede entkräftete.

Hiernach kann der von der Klägerin erhobene Anspruch nur dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn sie den Beweis führt, daß X aus Gefälligkeit für den Beklagten die in Rede stehenden Wechsel acceptirt habe.

Der Ausdruck, daß X die Wechsel aus Gefälligkeit für den Beklagten acceptirt habe, muß nach dem Zusammenhange dahin verstanden werden, daß die Acceptation auf der ausdrücklichen oder sich aus den Umständen ergebenden Abrede beruht habe, daß Beklagter für die Einlösung der Wechsel Sorge tragen solle."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 7. April 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Actiengesellschaft Lenne-Ruhr w. Michel. (Wck.)

---

284. Sog. intercessio tacita der Frau, wenn sie mit der Erklärung: ihrem Mann helfen zu wollen, ein Darlehen aufnimmt; anders, wenn sie nur erklärt: eine für ihren Ehemann von ihr übernommene Schuld decken zu wollen.

Vgl. Bd. 32 Nr. 232 nebst Nachw.[1])

„Beklagte will den Kläger unter Mittheilung des Verhältnisses ihres Ehemannes zu Behn und Holtz gebeten haben, „ihrem Ehemann aus der

[1]) Bd. 32 S. 298 Z. 5 v. u. lies Bd. 22 Nr. 140 statt Nr. 40.

Verlegenheit zu helfen und die erforderlichen Beträge anzuleihen". Ob die Anleihen ihr oder ihrem Ehemann haben gewährt werden sollen, ist weder bei der Vorschützung der Einrede noch im Fortgang des Processes bestimmt angegeben, auch nicht mit Sicherheit aus der beklagtischen Behauptung zu entnehmen: daß Kläger die Darlehnsbeträge unmittelbar dem Ehemann behändigt habe. Diese Unbestimmtheit ist indessen für die Beurtheilung des exceptivischen Vorbringens ohne Bedeutung, da das Dazwischentreten der Beklagten auch im Fall der Darlehnsaufnahme in eigenem Namen nur als Intercession aufgefaßt werden kann. Denn das aufzunehmende Geld sollte nach der dem Kläger gemachten Mittheilung in Angelegenheiten des Ehemanns verwendet werden, und es besteht kein Streit darüber, daß die Anleihen zur Befriedigung von Behn und Holtz verwendet worden sind. Eine Schenkungsabsicht konnte Kläger, zumal bei dem Verhältniß der Betheiligten als Eheleute, nicht voraussetzen. Ist daher die etwaige Darlehnsaufnahme in eigenem Namen in der Absicht des Creditirens erfolgt, so liegt unmittelbar der im sct. Velleianum neben der Bürgschaft hervorgehobene Fall der Darlehnsaufnahme für Andere vor. . . .

In der Sache selbst aber war dem 2. Richter insoweit nicht beizutreten, als er annimmt, daß auch die abweichende Darstellung des Klägers den Thatbestand einer Intercession enthalte. Denn der Kläger hat die Darstellung der Beklagten bestimmt geleugnet, und aus seiner Anführung: Beklagte habe ihm mitgetheilt, daß sie eine Schuld für ihren Ehemann an den Kaufmann Behn übernommen habe, folgt nicht, daß er habe zugeben wollen, diese Schuldübernahme sei eine ungültige Intercession. War dieselbe aber in rechtsverbindlicher Weise von der Beklagten eingegangen, so kann der Darlehnsvertrag, welchen sie zur Bezahlung einer eigenen rechtsbeständigen Schuld abgeschlossen hat, nicht als Intercession für ihren Ehemann angesehen werden (vgl. fr. 13 pr., fr. 24 pr. ad sct. Vell. 16. 1; const. 6 pr. eod. 4. 29; fr. 1 § 4 de pignor. 20. 1)." . . .

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 13. Septbr. 1879 in einer mecklenburg. Sache. Entsch. des ROHG. Bd. 25 Nr. 85.

---

285. Wird die aquilische Klage durch jedes eigene Verschulden des Beschädigten ausgeschlossen?

Vgl. Bd. 13 Nr. 28; Bd. 30 Nr. 9; Bd. 31 Nr. 330; Bd. 32 Nr. 44 mit Nachw.; Bd. 33 Nr. 129 S. 182 Anm. 1; Bd. 34 Nr. 211.

Mit Rücksicht auf den . . . Thatbestand wird im zweitrichterlichen Urtheil der Unfall sowohl einem Verschulden des Verklagten als auch einem Mitverschulden des Klägers zugeschrieben. . . .

Die gemeinrechtliche Theorie bekennt sich zu dem Grundsatz, daß Unterlassungen zur Begründung der aquilischen Klage dienlich sein

können, sofern eine vorhergegangene positive Handlung eine weitere Thätigk nothwendig macht, um einen wegen der ersteren zu besorgenden Schade abzuwenden.

Vgl. insbesondere Windscheid Lehrbuch Bd. 2 § 455 Nr. 2; Holzschuher Theori u. Casuistik Bd. 3 S. 1109 Note **.

Nachdem festgestellt ist, daß Verklagter dem Kläger das bezeichnet gefahrvolle Geschäft übertragen hat, würden die dem Ersteren beigemessenen, seinem Auftrage nachfolgenden Unterlassungen wohl im Allgemeinen eine geeignete Grundlage für den erhobenen Entschädigungsanspruch zu bilden vermögen, falls die von dem Verklagten an den Tag gelegte Fahrlässigkeit bei dem mitunterlaufenen Verschulden des Klägers juristisch noch als die zur Entschädigung verpflichtende Ursache des entstandenen Schadens gelten kann.

Das zweitrichterliche Urtheil ist nun in der Weise verfahren, daß es das beiderseitige Verschulden gegen einander abwog und hierbei das dem Verklagten zur Last fallende Verschulden als das überwiegende erklärte, weil von dem Verklagten nach seiner Persönlichkeit eine größere Vorsicht gefordert werden könnte als von dem Kläger und Verklagter nach dem Benehmen des Letzteren von diesem sich eine Uebereilung bei Ausführung des aufgetragenen Geschäfts leicht hätte versehen können. Das Berufungsgericht hat deshalb den Verklagten an und für sich zwar noch als entschädigungspflichtig erachtet, jedoch die von ihm zu leistende Entschädigung mit Rücksicht auf das concurrirende Verschulden des Klägers ihrem Betrage nach ermäßigt, da der Letztere wegen Mitverschuldens des Schadens diesen theilweise selbst zu tragen habe. — Diese Entscheidung kann indessen mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts nicht in Einklang gebracht werden.

Im gemeinen Recht gilt der in fr. 203 de reg. iur. 50. 17 ausgedrückte Rechtssatz „damnum quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur“ auch für die nach dem aquilischen Gesetz zu bemessenden Fälle bei einem Mitverschulden des Beschädigten als die entscheidende Regel, und es ist wohl nur eine Anwendung des genannten Rechtssatzes, demzufolge ein Mitverschulden des Beschädigten einen Entschädigungsanspruch ausschließt, wenn in fr. 11 pr. ad leg. Aquil. 9. 2 in einem Fall, wo ein Barbier sein Geschäft an einem für Menschen gefährlichen Orte betreibt, ein Anderer sich ihm aber gleichwohl als Kunde anvertraut und hierbei Schaden erleidet, dem Letzteren selbst dieser Schaden zugerechnet wird (vgl. ferner fr. 28 pr. u. § 1 ad leg. Aquil. 9. 2). Nach gemeinrechtlichen Grundsätzen kann daher auch dann, wenn auf Grund des aquilischen Gesetzes Klage erhoben wurde, Ersatz des Schadens in der Regel nicht begehrt werden, wenn ein Verschulden des Beschädigten Mitursache des Schadens war, und es muß dieses um so mehr gelten, sofern es in einem Falle ungewiß geblieben ist, ob die Nachlässigkeit eines Anderen den Schaden

erhaupt zur Folge gehabt hätte, falls nicht das eigene Verschulden des schädigten als wirkende Ursache hinzugekommen wäre.

Vgl. auch Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 258 Nr. 2; Demelius über Compensation der Culpa in Gerber's u. Ihering's Jahrbüchern Bd. 5 S. 52, insbes. S. 66, 79—83; Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht Abth. II S. 141, 157, 158 ff.; Pernice zur Lehre von der Sachbeschädigung nach R. R. S. 46, 60, 172—175; Seuffert Archiv Bd. 32 Nr. 44.

Bei der geschilderten Sachlage konnte somit der Berufungsrichter, indem dem Kläger wegen seiner Verschuldung eine Verantwortung für den eintretenen Schaden zuschrieb, nicht auch noch dem Verklagten einen Theil r Haftung überbürden. Das Berufungsgericht hat sonach dadurch, daß gleichwohl dem Verklagten eine Entschädigungsverbindlichkeit auferlegte . . . s fr. 203 de reg. iur. 50. 17 und die damit in Verbindung stehenden einrechtlichen Grundsätze über Zurechnung des Schadens bei eigener huld des Beschädigten verletzt.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 20. Mai 1880. HV. Nr. 5528.

(v. L.)

---

86. Solidarische Haftung des ex lege Aquilia ersatzpflichtigen Eigenmers eines Thiers für den Schaden, welchen das Thier in Gemeinschaft mit dem Thier eines Dritten angerichtet hat.

F. erhob Klage gegen G. mit der Behauptung, daß am 19. October 77 der bissige Hund des Beklagten zusammen mit einem andern Hunde, ssen Eigenthümer unbekannt, in den Schafstall des Klägers eingedrungen und daß von diesen beiden Hunden 90 Schafe des Klägers, welche in m Stall sich befunden, theils durch Bisse, theils durch Erstickung, indem Schafe von den Hunden in eine Ecke zusammengedrängt worden, getödtet n. Kläger forderte Ersatz des Werths der Schafe, weil der Beklagte, wohl ihm amtsseitig wegen der Bösartigkeit seines fraglichen Hundes gegeben gewesen sei denselben festzulegen, den Hund zu der angegebenen it habe frei umherlaufen lassen.

Die Frage, ob der Beklagte für den ganzen entstandenen Schaden te, wurde in beiden Instanzen zu Gunsten des Klägers beantwortet. ründe des Berufungsurtheils:

Darüber herrscht keine Meinungsverschiedenheit, daß der Anspruch des gers begründet sein würde, wenn er hätte behaupten können, daß der haden, welchen er ersetzt verlangt, allein von des Beklagten Hund herre. Auch würde der Klage die genügende Begründung gegeben sein, n ihre Behauptung richtig wäre, daß die Eigenthümer beider Hunde eilnehmer derselben schuldvollen Handlung wären. Aber diese Auffassung offenbar unrichtig. Von einer Gemeinsamkeit kann höchstens die Rede

sein bei dem, was die Hunde, nicht aber bei dem, was deren Herren gethan oder unterlassen haben. Nach der Darstellung des Sachverhalts in der Klage ist nicht nur das Verschulden, welches dem unbekannt gebliebenen Eigenthümer des andern Hundes etwa zur Last gelegt werden kann, völlig unabhängig von dem des Beklagten, sondern muß es überhaupt ungewiß bleiben, ob die Betheiligung dieses Hundes auf eine Nachlässigkeit seines Herrn zurückzuführen ist, ja ob der zweite Hund überhaupt einen Eigenthümer gehabt hat. Die Schwierigkeit, für diesen Fall die richtige Entscheidung zu treffen, liegt darin, daß es der Natur der Sache nach an jedem Anhalt dafür fehlt, zu bestimmen, wie viele Schafe durch den einen und durch den andern Hund umgekommen sind, bzw. ob und wie viel der durch den einen angerichtete Schaden vergrößert ist dadurch, daß sich ihm ein anderer anschloß.

Völlig willkürlich wäre es und verbietet sich deshalb von vorn herein, jedem der beiden Hunde den halben Schaden zuzurechnen und dem entsprechend den Beklagten für die Hälfte des Schadens verantwortlich zu machen. Es kann sich nur darum handeln, ob jene Ungewißheit den Beklagten von seiner an sich begründeten Ersatzverbindlichkeit ganz entbinden oder dieselbe dahin steigern soll, daß er auch für etwas haftet, was nicht auf sein Verschulden zurückgeführt werden kann. Im ersteren Sinn zu entscheiden würde aller Billigkeit widersprechen. Erwägt man dagegen, daß sich die Folgen eines schuldvollen Verhaltens in der Regel der Berechnung dessen, dem es zur Last fällt, völlig entziehen, daß sich diese Folgen durch zufällige Umstände sehr verschieden gestalten können, z. B. bei der Verletzung eines Menschen durch dessen zufällige körperliche Beschaffenheit, durch Einwirkungen, denen er gleichzeitig von anderer Seite ausgesetzt ist, ohne daß die Rechte deswegen eine Beschränkung der Entschädigungspflicht eintreten lassen, und daß es im vorliegenden Fall berechtigt erscheint, den Schaden des Klägers als einen nicht aus einer Anzahl Einzelbeschädigungen zusammengerechneten, sondern einheitlichen aufzufassen, der nur möglicherweise durch die Mitwirkung des fremden Hundes vergrößert ist, vielleicht aber ohne diese ganz denselben Umfang erreicht haben würde, so kann man nur dazu kommen, den Beklagten für den ganzen Schaden, wie er hier behauptet ist, haftbar zu erklären. Um zu diesem Ergebniß zu gelangen, bedarf es keines Zurückgehens auf die vom 1. Richter in Bezug genommenen Grundsätze von der actio de pauperie, wohl aber rechtfertigt es sich aus der Erkenntniß, in welcher Weise die römischen Juristen in verschiedenen Fällen den Grundsätzen der aquilischen Klage entsprechende Ausdehnung gegeben haben (vgl. fr. 11 § 2, 4, fr. 51 ad legem Aquiliam 9. 2).

Von einem Einredebeweise der eigenen Schuld des Klägers hat der 1. Richter mit Recht abgesehen, da nichts vorliegt, was den Kläger zu

sonderer Aufmerksamkeit auf die Sicherheit seines Stalls verpflichtete und ren Unterlassung als schuldbare Fahrlässigkeit erscheinen läßt, auf welche r eingetretene Schaden zurückzuführen wäre.

Wohl aber ist vom Kläger mit Recht gerügt, daß ihm noch darüber weis zugemuthet ist, daß das Eindringen des beklagtischen Hundes durch ngelhafte Beaufsichtigung seitens des Beklagten verursacht sei. Denn ß der Hund in der fraglichen Nacht frei umhergelaufen, ist in dem rechts- ftigen Strafurtheil vom 22. Februar 1878[1]) nicht nur als Thatsache gestellt, sondern auch dem Beklagten als Schuld angerechnet, und mit fällt selbstverständlich derselben Schuld anheim, wenn gelegentlich nes Freiumherlaufens der Hund auf die behauptete Weise in den gerischen Schafstall eindrang. In Gemäßheit des im § 10 der Ver- dnung vom 25. Juni 1867 ausgesprochenen Grundsatzes steht daher das rschulden des Beklagten dergestalt fest, daß ein Gegenbeweis nicht statt- det und also eine Beweisauflage dieserhalb überflüssig ist.

Urtheil des OLG. zu Celle (1. Sen.) v. 22. April 1880 i. S. H. Fink zu Wehdel, Kl., w. Johann Gehrken zu Apeler, Bekl., wegen Entschädigung. (W.)

---

87. Aquilische Klage gegen eine juristische Person wegen mangelhafter Beaufsichtigung*. Cautio damni infecti kann nicht verlangt werden wegen Gefährdung vorüberpassirender Menschen.

*Vgl. Bd. 34 Nr. 88 mit Nachw. Auch Bd. 35 Nr. 25.

Zum Zweck des Neubaus des Staatsbahnhofs in Hannover hatte e dortige Eisenbahndirection neben dem neuen Eisenbahndamm einen die nanlage von der Straße abschließenden Bretterverschlag und in demselben e nach dieser Straße zu führende Thür herrichten lassen. Als B. im i 1877 diese Stelle der Straße passirte, ward seiner Behauptung nach gedachte, entweder garnicht oder nur mangelhaft an dem Bretterverschlag festigte Thür, wahrscheinlich durch den Wind, auf die Straße geschleudert, f den B. und warf ihn zu Boden, so daß er nicht unerhebliche Be- digungen erlitt. Ueber die Begründung der Klage auf Schadensersatz, che er dieserhalb gegen die Eisenbahndirection, als Vertreterin des Fiscus, ob, ward folgendermaßen entschieden.

. . . Nach den hier allein entscheidenden Grundsätzen, welche über die ftung aus der lex Aquilia gelten, ist der Principal wegen eines durch

[1]) Der Beklagte war polizeigerichtlich verurtheilt, weil er seinen fraglichen Hund trotz der ihm vom Amte Lehe gemachten Auflage, denselben festzulegen, am 19. October 1877 hatte frei umherlaufen lassen und weil der Hund herrenlos in den Jagdrevieren umhergelaufen war.

seine Bediensteten oder Beauftragten in außercontractlichen Verhältnissen culpos herbeigeführten Schadens nur dann verantwortlich, wenn ihn selbst, sei es in der Auswahl der Mittelspersonen, sei es wegen Verabsäumung der ihm obliegenden Aufsichtsführung, ein eigenes Verschulden trifft (fr. 27 § 11 ad legem Aquil. 9. 2; fr. 10 i. f., fr. 11 commod. 13. 6; fr. 41 loc. 19. 2), oder wenn der Principal selbst die schadenbringende, an sich gefährliche Handlung angeordnet und dabei versäumt hat, diejenigen Vorsichtsmaßregeln zu treffen oder treffen zu lassen, welche gesetzlich dem obliegen, der eine mit Gefahr für Andere verbundene Anlage oder Vorkehrung unternimmt (fr. 28, 31 ad leg. Aquil. 9. 2).

Sollte in Fällen dieser letzteren Art ein aquilischer Schaden angerichtet sein, so würde allerdings auch der Fiscus, ebenso wie jede andere juristische Person, wenn die *ihm*, als dem Urheber der gefährlichen Veranstaltung, gesetzlich obliegende Verbindlichkeit zur Anordnung von Vorsichtsmaßregeln unerfüllt geblieben und dadurch geschadet wäre, dieserhalb ersatzpflichtig erscheinen, ohne daß eine Verweisung auf diejenigen Vertreter oder Organe der juristischen Person, welche als solche die fraglichen Schutzvorkehrungen thatsächlich hätten treffen müssen, stattfände (vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 8 Nr. 50 S. 206).

Was nun die thatsächliche Klagbegründung anlangt, so geht die Behauptung des Klägers zunächst dahin, daß die von der Beklagten hergerichtete Thür an dem Bauverschlage neben der Straße so nachlässig und unvorsichtig an diesem Verschlage angebracht, insbesondere so mangelhaft befestigt gewesen, daß dadurch die Beschädigung des Klägers herbeigeführt sei. Nach dem vorhin Bemerkten kann *hierin* eine schlüssige Begründung der Klage nicht gefunden werden. Denn Kläger behauptet weder, daß die Mitglieder der verklagten Behörde persönlich die Thür in gedachter Weise angebracht, noch daß dieselben in der Auswahl der, vom Kläger nicht einmal genannten, Mittelspersonen, von denen in ihrem Auftrage die Anlage hergestellt worden, ein Verschulden treffe; ebensowenig bildet die Herrichtung eines Bauverschlags und einer Thür in demselben eine *an sich gefährliche* Handlung, welche die Beklagte, als deren Urheberin, ohne Weiteres zur Beobachtung besonderer Vorsichtsmaßregeln behufs Abwendung von Beschädigungen hätte verpflichten können. Die Ansicht aber, daß der Bauherr als solcher, sei er eine juristische oder eine physische Person, für die schädlichen Folgen jeder Nachlässigkeit, welche der von ihm angenommene Baumeister bei der Bauausführung verschuldet, vermöge der lex Aquilia verantwortlich sei, möchte, wenngleich sie anscheinend einzelnen von den klägerischerseits angezogenen gerichtlichen Entscheidungen zum Grunde liegt, den oben dargestellten Regeln des gemeinen Rechts schwerlich entsprechen.

Erheblich ist dagegen die fernere Klagbehauptung, daß die fragliche Thür schon wochenlang vor dem Unfall des Klägers ohne jede Befestigung

angelehnt gestanden habe, mindestens bereits zweimal umgefallen und solches der Beklagten bekannt geworden sei. Denn wenn die von der Klagten hergerichtete Vorkehrung während ihres Bestehens und Gebrauchs gefahrdrohende Beschaffenheit angenommen und Beklagte solches erfahren sollte, so wäre die Letztere allerdings, nicht minder, als wenn sie von Haus aus gefährliche Anlage unternommen hätte, verpflichtet gewesen, Maßregeln zum Schutz der Passanten zu treffen, und alsdann habe sie und nach dem Obigen der von ihr vertretene Fiscus für die nachtheiligen Folgen der Verabsäumung solcher Verpflichtung aufzukommen haben. Die dahin gehenden . . . Behauptungen des Klägers werden . . . durch Beweise zu verstellen sein. . . .

Die vom Kläger noch in Bezug genommenen Grundsätze der cautio damni infecti finden auf den vorliegenden Fall keinerlei Anwendung. Davon auch abgesehen, daß nach den darüber geltenden Bestimmungen dem Beschädigten ein Ersatzanspruch ohne vorausgegangene wirkliche Cautionsleistung[1]) nur in ausnahmsweisen Fällen, von denen hier keiner behauptet worden, zusteht (Windscheid Pand. Bd. 2 § 458 Z. 1), so bezieht sich dieses ganze, dem Nachbarrecht angehörige Institut nicht auf Gefährdung oder Beschädigung von Menschen, setzt vielmehr voraus, daß die Gefahr einer Beschädigung und eintretenden Falls die stattgehabte Beschädigung selbst in einer dauernden Sachbelegenheit in der Weise ihren Grund habe, daß die beschädigten Gegenstände vermöge ihres bleibenden räumlichen Verhältnisses zu der schadendrohenden Anlage der Gefahr exponirt gewesen, nicht etwa bloß in ganz vorübergehender Weise in die Nähe jener Anlage gebracht seien (fr. 13 § 4, fr. 18 pr.; fr. 5 § 2, fr. 13 § 8, fr. 39 de damno inf. 39. 2; Keller Pand. § 162 S. 304).

Urtheil des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 14. Febr. 1879 i. S. Bodenburg w. die kgl. Eisenbahndirection zu Hannover wegen Entschädigung.

(W.)

---

1. Begriff der Eisenbahn im Sinn des § 1 des Haftpflichtgesetzes; angewandt auf Arbeitsbahnen.

Vgl. Bd. 29 Nr. 238; Bd. 31 Nr. 329; Bd. 32 Nr. 94, 240; Bd. 34 Nr. 39.

I. „Der § 1 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 bezieht sich auf Tödtungen und Verletzungen beim Betriebe einer Eisenbahn; er enthält keine Bestimmung über den Begriff einer Eisenbahn nicht. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes lassen sich auch Momente nicht entnehmen, welche geeignet sein könnten, diesen Begriff im Sinn des Gesetzes nach irgend Seiten hin festzusetzen. Zunächst kann es nicht als zulässig angesehen

[1]) Vgl. Bd. 33 Nr. 30 mit Nachw.

werden, für die Auslegung des Ausdrucks „Eisenbahn“ den Vorschr
des preuß. Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838, insbesondere
dem § 1 cit. entsprechenden § 25 desselben, ein entscheidendes Gewicht
zulegen; denn es erhellt nicht, daß das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871
Wort „Eisenbahn“ in gleichem Sinn wie das preuß. Gesetz, insonde
im § 25, hat verstanden wissen wollen. Aus den Motiven des
Reichstage vorgelegten Entwurfs ergiebt sich, daß der allgemeine Aus
„Eisenbahn“ auch die mit Pferden betriebenen Bahnen umfassen soll,
mithin die Anwendung des § 1 cit. nicht auf die im gewöhnlichen
vorzugsweise als Eisenbahnen bezeichneten, mit Dampfkraft betrie
Transportanstalten hat beschränkt werden sollen. Die Reichstagsverh
lungen in Betreff des Haftpflichtgesetzes enthalten keine erheblichen Mom
welche zur Auslegung des Wortes „Eisenbahn“ benutzt werden kön
wenngleich es nicht unbemerkt geblieben ist, daß der Sinn dieses W
kein vollständig bestimmter sei. Allerdings scheint ein Bundescom
nach einer Aeußerung in Betreff der Bahnen, welche zum Betrieb
Hütte dienen, auf den Umstand Gewicht gelegt zu haben, ob die Eisenb
unter das allgemeine Bahnreglement fallen (Stenogr. Ber. pro 1871 S.
allein abgesehen davon, daß es nicht bestimmt erhellt, ob dieser Um
an und für sich als entscheidend angesehen worden ist, so kann diese
einzelte Aeußerung für die Auslegung nicht maßgebend sein, zumal
Bundescommissar dabei anscheinend nur seine eigene persönliche Auffas
und nicht eine deutlich hervorgetretene Ansicht der verbündeten Regier
hat aussprechen wollen. — Hiernach muß man annehmen, daß dem ri
lichen Ermessen die nähere Begrenzung des an sich nicht völlig bestim
Ausdrucks „Eisenbahn“ hat überlassen werden sollen.

In dieser Hinsicht kommt nun in Betracht, daß die Gefährlichkeit
öffentlichen, mit Dampf betriebenen Eisenbahnen die Veranlassung zu
artigen Vorschriften, wie sie im § 1 cit. getroffen worden sind, ge
hat, und daß es bei dem § 1 darauf abgesehen ist, gegen die großen Gef
des Eisenbahnbetriebs einen besonderen, in den allgemeinen Vorsch
des Privatrechts nicht enthaltenen Schutz zu gewähren. Dem Zweck
Gesetzes nach müssen daher die Vorschriften des § 1 auf alle Anl
zur Anwendung gebracht werden, bei denen ein Transport auf Schi
geleisen stattfindet und im Wesentlichen gleichartige Gefahren, wie bei
für den öffentlichen Verkehr bestimmten, mit Dampf betriebenen Eisenb
wenn auch vielleicht in einem geringeren Grade, obwalten. Die
begründen die Auslegung, daß auch die mit Pferden betriebenen B
unter dem Ausdruck „Eisenbahnen“ begriffen seien, mit der Ausfüh
daß, wenn selbige auch in Rücksicht auf die Triebkraft minder gef
erschienen als die mit Locomotiven befahrenen Bahnen, sie doch andre
deshalb mit größeren Gefahren verbunden seien, weil sie die öffen

ßen zu ihren Transporten benutzten. Hierdurch wird bestätigt einestheils, daß es, um den § 1 anwendbar erscheinen zu lassen, auf die Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebs ankommt; anderntheils, daß die Gefahren des Betriebs nur im Wesentlichen denen des öffentlichen Eisenbahnverkehrs gleichartig sein müssen, ohne demselben auch in ihrem Grade vollständig zu entsprechen, wie denn auch die Gefährlichkeit der öffentlichen Eisenbahnen thatsächlich verschieden sein kann, je nach der Schnelligkeit der Züge, der Solidität der Anlage ꝛc. Als unerheblich für die vorliegende Frage muß hiernach angesehen werden, ob die Transportanstalt für den öffentlichen Verkehr bestimmt, insbesondere für solchen bereits eröffnet ist, oder nur einem einzelnen Unternehmen dient, ob der Betrieb dem Bahnpolizeireglement für die Eisenbahnen unterworfen ist oder nicht, ob die Schienengeleise zur vorübergehenden oder dauernden Benutzung bestimmt sind.

Es läßt sich gegen diese Auffassung auch nicht einwenden, daß die Vorschriften des Haftpflichtgesetzes einen singulären Character hätten und daher strict zu interpretiren seien. Auch singuläre Gesetze sind ihrem wahren Sinne nach zur Anwendung zu bringen, und eine einschränkende Auslegung derselben findet nur insoweit statt, als der Sinn nicht zu ermitteln ist. Ergiebt sich daher, daß der § 1 cit. nicht auf bestimmte, von dem Gesetzgeber gesehene Arten der Eisenbahnen hat beschränkt werden sollen, so darf der Richter auch eine solche Beschränkung nicht aufstellen; er hat vielmehr den Paragraphen auf alle Eisenbahnunternehmungen zur Anwendung zu bringen, welche nach der, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochenen, Absicht des Gesetzgebers von demselben haben betroffen werden sollen.

Von dem eben entwickelten Standpunct aus kann die Ansicht des Appell.-Richters, welche den § 1 des Haftpflichtgesetzes auf eine zum Transport von Erdmaterial für einen Eisenbahnbau bestimmte Bahn, eine sogenannte Arbeitsbahn, für anwendbar erklärt hat, nicht als rechtsirrthümlich angesehen werden. Der Appell.-Richter stellt fest, daß hier auf einem, allerdings nur für einen provisorischen Zweck angelegten, Schienengeleise eine längere Reihe Wagen, sog. Kippwagen, durch eine mit Dampf bewegte Locomotive von geringerer Größe fortbewegt worden ist; er nimmt ferner an, daß auch wenigstens stellenweise Bremsvorrichtungen erforderlich gewesen seien, um einen Zug in Stillstand zu bringen. Da hiernach Momente festgestellt sind, von denen bei den öffentlichen, gewöhnlich als Eisenbahnen bezeichneten Transportanstalten die hohe Gefährlichkeit wesentlich abhängt, so läßt sich unbedenklich annehmen, der Appell.-Richter habe mit jenen Worten zugleich feststellen wollen, daß der in Rede stehende Betrieb im wesentlichen gleichartigen Gefahren unterworfen gewesen sei, wie der öffentliche Eisenbahnbetrieb. Der Umstand, daß diese Gefahren hier vielleicht in geringerem Maße vorhanden gewesen sind, kann die Anwendung des § 1 nicht ausschließen.

Es kann auch der Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde nicht als begründet angesehen werden, welcher darauf gestützt ist, daß der Appell.-Richter es übersehen habe, festzustellen, daß die fragliche Bahn eine solche Länge gehabt, um als Eisenbahn im Sinn des § 1 cit. gelten zu können. Nach der Feststellung des Appell.-Richters sind 15—20 Kippwagen in einem Zuge auf der Bahn fortbewegt. Hiernach kann ein Rechtsirrthum darin nicht gefunden werden, wenn derselbe angenommen hat, daß mit dem dortigen Betrieb die Gefahren des Eisenbahnbetriebs verbunden gewesen seien, ohne die Länge der Bahn genauer festzustellen; denn der § 1 cit. setzt eine bestimmte Länge der Bahn nicht voraus."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 5. Mai 1880 in der preuß. Sache Tenvoerde w. Schickler u. Co.

II. Der 1. Senat des Reichsgerichts hat in einem Erk. vom 17. März 1880, i. S. Geißler w. Malzke und Mörke, den Begriff eines Eisenbahnunternehmens im Sinn des § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes folgendermaßen angegeben:

„Ein Unternehmen gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallner Grundlage, welche durch ihre Consistenz, Construction und Glätte den Transport großer Gewichtsmassen, bzw. die Erzielung einer verhältnißmäßig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist und durch diese Eigenart, in Verbindung mit den außerdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften (Dampf, Electricität, thierischer oder menschlicher Muskelthätigkeit, bei geneigter Ebene der Bahn auch schon der eigenen Schwere der Transportgefäße und deren Ladung u. s. w.) bei dem Betrieb des Unternehmens auf derselben eine verhältnißmäßig gewaltige (je nach den Umständen nur in bezweckter Weise nützliche oder auch Menschenleben vernichtende und die menschliche Gesundheit verletzende) Wirkung zu erzeugen fähig ist."

Von diesem Gesichtspunct aus ist das Haftpflichtgesetz auf eine damals in Frage stehende sog. Arbeitsbahn für anwendbar erklärt und ausgesprochen, daß die Beklagten, „welche den Transport der Erdmassen und Arbeiter in ihrem Eisenbahnbau-Unternehmen auf eisernen Schienengeleisen in von Dampflocomotiven gezogenen Wagenzügen auf einer nicht ganz unbedeutenden Strecke betrieben, Unternehmer einer Eisenbahn im Sinn des § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes waren".

III. Der 2. Senat des Reichsgerichts hat in einem Erk. vom 16. April 1880, i. S. Bargfrede w. Köln-Mindener Eisenbahngesellschaft ausgeführt, daß das Haftpflichtgesetz auch auf eine nur zu einem vorübergehenden Zweck angelegte sog. Arbeitsbahn zu beziehen sei, insofern bei derselben das den Grund der gesetzlichen Bestimmung bildende Moment der dem Eisenbahnbetrieb überhaupt eigenthümlichen Gefährlichkeit zutreffe. (Wck.)

89. Begriff des Betriebsunternehmers im Sinn des § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes. Benutzung einer Eisenbahnlinie von mehreren Unternehmern.

Vgl. Bd. 34 Nr. 41 nebst Nachw.

I. „Unbestritten ist Kläger bei dem Betrieb einer Eisenbahn verunglückt; fragt sich jedoch, ob die Beklagte oder die sächsische Staatsbahn für hierdurch entstandenen Schaden haftet.

Nach dem § 1 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 haftet der Betriebsunternehmer, wenn bei dem Betrieb einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, für den dadurch entstandenen Schaden. Unerheblich für die Frage, wen diese Haftpflicht trifft, ist es also, ob der Verletzte bei einem Eisenbahnunternehmen angestellt gewesen ist; es ist aber für die Beurtheilung des vorliegenden Falls nicht entscheidend, daß der Kläger in einem Dienstverhältniß zu der Beklagten gestanden hat und bei der Ausübung der ihm übertragenen Verrichtungen verunglückt ist. Gleichfalls ist es nicht entscheidend, daß der Eisenbahnkörper, der Schienenstrang, dort, wo der Unfall sich ereignet hat, im Eigenthum der Beklagten steht. Nach dem § 1 haftet nicht der Eigenthümer einer Eisenbahn, sondern der Betriebsunternehmer. Nun ist zwar der Eigenthümer der Eisenbahn meistens zugleich der Betriebsunternehmer, indessen folgt an sich aus dem Eigenthum nicht, daß der Betreffende Betriebsunternehmer ist; der Eigenthümer kann den Betrieb z. B. an einen Andern verpachtet haben, und ist dann nicht Betriebsunternehmer. Es ist mithin, wenn die Anwendung des § 1 in Frage kommt, immer zu untersuchen, ob der Eigenthümer der Eisenbahn Betriebsunternehmer ist.

In dem vorliegenden Fall wird nun von der Beklagten behauptet, daß, obgleich der in Frage kommende Schienenstrang in ihrem Eigenthum stehe, doch, soweit es sich um Entschädigung für den streitigen Unfall handle, nicht sie, sondern die sächsische Staatsbahn Betriebsunternehmerin sei.

Als Betriebsunternehmer im Sinn des § 1 muß derjenige angesehen werden, für dessen Rechnung und auf dessen Gefahr ein Eisenbahnbetrieb stattfindet. Es kann vorkommen, daß auf einem und demselben Schienengeleise verschiedene Unternehmer für ihre Rechnung einen Eisenbahnbetrieb haben. Ereignet sich in einem solchen Falle ein Unfall, auf welchen der § 1 zur Anwendung kommt, so ist zu untersuchen, bei wessen Betrieb das Ereigniß eingetreten ist. Die Beklagte hat nun eine Bahnstrecke von Görlitz bis zur Landesgrenze bei Reichenbach an die sächsische Staatsbahn gegen eine Vergütung, pachtweise, zur Benutzung überlassen, und letztere benutzt mit ihren Betrieb auch Geleise der Beklagten auf dem Bahnhof Görlitz. Der Unfall hat sich auf diesem Bahnhof bei dem Rangiren eines der sächsischen Staatsbahn gehörenden Zuges, welches mit eigener Maschine und

eigenem Personal stattfand, zugetragen, indem der Kläger bei den Rangirbewegungen von einem Wagen und einer Maschine übergefahren worden ist, während er mit dem Reinigen der Weiche, wenigstens zunächst zum Zweck des Rangirens des Zuges der sächsischen Staatsbahn, beschäftigt war. Hiernach muß angenommen werden, daß der Kläger bei dem Betriebe der sächsischen Staatsbahn verunglückt ist. Die Beklagte haftet also nicht für den durch den Unfall verursachten Schaden, da der § 1 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 nur den Betriebsunternehmer für haftpflichtig erklärt, bei dessen Betrieb ein Mensch getödtet oder verletzt worden ist."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 19. Mai 1880 in der preuß. Sache Holzberg w. Direction der niederschles.-märk. Eisenbahn.

II. Ebenso ist in einem Erk. des 2. Senats des Reichsgerichts vom 16. April 1880 (i. S. Bargfrede w. Köln-Mindener Eisenbahngesellschaft) ausgesprochen, daß es für die Frage, ob Jemand als Betriebsunternehmer bei einer Eisenbahn anzusehen sei, darauf ankomme, ob ihm die Ausnutzung der Bahn für seine eigene Rechnung und auf seine eigene Gefahr in dem Sinn überlassen worden sei, daß das ökonomische Ergebniß des Betriebs ihm zum Vortheil oder Nachtheil gereiche. (Wck.)

---

290. § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes. Fabrikbetrieb oder Bauarbeit?

Vgl. Bd. 32 Nr. 242; Bd. 34 Nr. 42.

„Der Kläger ist bei dem Abbrechen eines Schmelzofens auf dem Werk der Beklagten durch das Umfallen einer Eisenplatte verletzt. Er nimmt die Beklagte auf Grund des Haftpflichtgesetzes in Anspruch. . . . Das Abbrechen der Schmelzöfen, welche nur eine gewisse Zeit brauchbar bleiben, geschieht auf dem Werk der Beklagten regelmäßig monatlich ein- bis zweimal. Es erscheint diese Arbeit daher als eine mit dem laufenden Betriebe verbundene und diesem unmittelbar dienende Verrichtung."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 18. Febr. 1880 in der preuß. Sache Bochumer Verein für Bergbau u. Stahlfabrikation w. Küper. (Wck.)

---

291. § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes. Haftung des Fabrikanten wegen unterlassener Sicherung der Arbeiter gegen die Gefahren des Betriebes.

Der Kläger ist bei dem Zerschlagen eines gußeisernen Rohrs mittels Handhammers verunglückt; er nimmt die Beklagte, welche die Fabrik betreibt, auf Schadensersatz in Anspruch, weil sie eine solche Arbeit nicht vermittels eines mit einer Schutzvorrichtung versehenen Fallhammers habe ausführen lassen. — Aus den Gründen:

Nicht jede Gefahr, welche mit der Vornahme einer Arbeit im Dienste der Fabrik, mittelbar und unmittelbar, verbunden sein kann, ist der Fabrikherr zu verhindern verpflichtet oder auch nur im Stande; denn es giebt Fabrikarbeiten, die mit absoluter, offenkundiger, nur unter bestimmter Voraussetzung — Innehaltung eines bestimmten Verfahrens — zu beseitigender Gefahr verknüpft sind. Immer aber legt das Gesetz dem Fabrikherrn zum Schutz der Arbeiter die Pflicht der Sorgfalt eines ordentlichen Gewerbtreibenden auf, und diese Pflicht äußert sich nicht allein in der Anordnung und Ausführung einer Arbeit selbst, sondern auch in der allgemeinen Obliegenheit, „alle diejenigen Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Gewerbebetriebs und der Betriebsstätte zu thunlichster Sicherheit der Arbeiter gegen Gefahr für Leben und Gesundheit nothwendig sind" (§ 107 der Reichsgewerbeordnung)[1]).

Das Zerschlagen von gußeisernen Meterröhren ist nun, nach dem Gutachten der gehörten Sachverständigen und nach der Erfahrung aus dem vorliegenden Fall, eine an sich gefahrvolle Arbeit, und es ist im Allgemeinen ohne Einfluß, ob die Arbeit vermittels Handhammers oder mit Fallwerk vorgenommen wird. Das Abspringen großer Eisenstücke in Folge unrichtiger Schläge mit plötzlicher Vehemenz und unberechenbarer Richtung kann und muß für beide Methoden dem Arbeiter gefahrbringend sein. Wenn die Technik daher ein Mittel an die Hand giebt, welches diese Gefahr, wenn nicht zu beseitigen, so doch abzuschwächen im Stande ist, so legt der § 107 a. a. O. dem Fabrikherrn die Pflicht auf, dieses Mittel für die Arbeit herzustellen, zu unterhalten und in Anwendung zu bringen.

Die in 1. Instanz vernommenen Sachverständigen meinen nun zwar im Allgemeinen, daß das Zerschlagen gußeiserner Röhren von 1 m im Durchmesser keineswegs immer mittels Fallwerks geschehe; allein sie verlegen den Grund dazu zum Theil und hauptsächlich in äußere, einflußlose Umstände: in den kostspieligeren Transport, in vermehrte Arbeitskräfte, in die Beschaffenheit des Fallwerks und in die örtlichen Verhältnisse. Es ist wohl klar, daß diese Umstände im Allgemeinen für die Pflicht zur Abwendung einer augenscheinlichen Gefahr ganz in den Hintergrund treten. Daß ein Fallwerk wegen der intensiveren Kraft der Schläge möglicherweise größere Gefahr für die Arbeiter mit sich bringt als die Arbeit mit Handhammer, das kann man nach der Ansicht der Sachverständigen als begründet annehmen. Daß es aber bei Anwendung des Fallwerks ein Schutzmittel nicht gebe, wie der Sachverständige O. behauptet, das ist durch das Gutachten des in 2. Instanz von Amtswegen vernommenen gerichtlichen Sachverständigen P. überzeugend widerlegt worden. Ein Fallwerk arbeitet

[1]) Jetzt § 120 Abs. 3 des Reichsges. v. 17. Juli 1878 (RGBl. S. 203).

vermittels Windevorrichtung, die das zur Ausführung der Schläge verwendete schwere Gewicht in die Höhe zieht und von da aus fallen läßt, und es ist, wie der Sachverständige P. ausführt, eine übliche und zur Beseitigung jeder Gefahr geeignete Vorrichtung, daß bei Anwendung des Fallwerks Schutzwände angelegt werden, hinter welchen stehend die Arbeiter das Fallwerk in Function setzen. Der Sachverständige erklärt diese Vorrichtung für ein nothwendiges Mittel zur Beseitigung jeder Gefahr. Wenn das der Fall ist — und daran zu zweifeln hat man nach den überzeugenden Gründen des Sachverständigen keine Veranlassung — so hat die Verklagte durch Nichtherstellung jenes die Gefahr abwendenden Schutzmittels diejenige Sorgfalt vernachlässigt, zu welcher das Gesetz sie verpflichtet (§ 107 der Reichsgewerbeordnung). Die Verklagte ist daher vertretungs- und regreßpflichtig.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 17. April 1880 in der preuß. Sache Actiengesellschaft f. Eisengießerei in Charlottenburg w. Bautz. (Wck.)

---

292. Reichshaftpflichtgesetz § 3. Der verletzte Arbeiter ist nicht verpflichtet, die ihm verbliebene Arbeitskraft gerade im Dienst des Haftpflichtigen zu verwerthen.

Die auf Entschädigung belangten Betriebsunternehmer wandten ein, daß der in ihrem Dienst verletzte Kläger seinen Anspruch auf Entschädigung für die Zeit vom 14. September 1878 deshalb eingebüßt habe, weil er an jenem Tage die Arbeit, mit der er bei ihnen nach seiner Herstellung beschäftigt worden, ohne Weiteres eingestellt und trotz fortschreitender Besserung, ungeachtet ihrer Aufforderung, nicht wieder aufgenommen habe. Das höchste Gericht sprach aus:

„Mit Recht haben beide vorderen Instanzen diesen Einwand zurückgewiesen. Wenn Kläger seit dem 14. September 1878 einen gewissen Grad von Arbeitsfähigkeit wiedererlangt hatte, so wird dies selbstredend auf das Maß der ihm zu gewährenden Entschädigung von Einfluß sein; er wird nach § 3 Z. 2 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 Schadensersatz nur so weit beanspruchen können, als seine Erwerbsfähigkeit noch vermindert war oder gegenwärtig vermindert ist; es mag auch die Behauptung der Beklagten in dem Fall erheblich sein, wenn Kläger sich darauf berufen sollte, daß er keine seinem Körperzustande entsprechende Arbeit habe finden können. Dagegen kann Beklagte, da sie nicht aufstellt, daß Kläger nach dem ursprünglichen Vertrag oder nach einer bei der Wiederaufnahme der Arbeit getroffenen Verabredung zur Fortsetzung des Dienstverhältnisses verpflichtet sei, nicht verlangen, daß derselbe gerade in ihrem Dienst die ihm verbliebene Arbeitskraft verwende; es würde dies ebensosehr mit

den Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes als mit den Grundsätzen über die freie Selbstbestimmung in Widerspruch stehen."

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 8. Mai 1880 in einer sächsischen Sache. Annalen des RG. von Braun u. Blum Bd. 2 S. 76.

---

293. Rechtliche Natur der Rente nach dem Reichshaftpflichtgesetz § 3 Z. 2 und § 7 Abs. 1; ob solche praenumerando zu zahlen?

Vgl. Bd. 34 Nr. 219.

Das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 enthält keine Bestimmung, welche die Pränumeration der Rente rechtfertigte; vielmehr weist die Bestimmung im § 3 Z. 2, nach welcher Ersatz des Vermögensnachtheils gewährt werden soll, den der Verletzte durch eine in Folge der Verletzung eingetretene zeitweise oder dauernde Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erleidet, darauf hin, daß die Entschädigung des Verletzten nicht den rechtlichen Character einer Alimentation beanspruchen kann (vgl. Seuffert Archiv Bd. 35 Nr. 128), und da die Bezahlung geleisteter Arbeit nur postnumerando zu erfolgen hat, muß dieses gleicherweise auch auf Bezahlung der Rente Anwendung finden. Da jedoch die Löhnung von Fabrikarbeitern wöchentlich zu geschehen pflegt, so wird eine wöchentlich postnumerando zu zahlende Rente (von jährlich 800 ℳ) für die Zukunft festzustellen sein, so unzweckmäßig dieses auch an sich erscheint und daher eine andere Zahlungszeit durch Vereinbarung der Parteien erstrebt werden mag.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 21. Mai 1880 i. S. Sauthoff in Hannover w. Stockhardt u. Co. daselbst wegen Entschädigung. (W.)

---

294. Condictio sine causa. Kann der Verkäufer, welcher sich das Eigenthum an der verkauften Sache vorbehalten, von dem Gläubiger, dessen Forderung aus dem Erlöse dieser dem Käufer abgepfändeten Sache befriedigt wurde, den Erlös condiciren? — Der condictio furtiva haftet nur der Thäter.

Der Kunsthändler St. in W. hatte an den Restaurateur R. daselbst drei Bilder unter Vorbehalt des Eigenthums bis zur vollständigen Berichtigung des Kaufschillings verkauft. Diese drei Bilder wurden auf Betreiben des Fabrikanten B. bei R. gepfändet, im Zwangswege versteigert und der Erlös dem B. zur Deckung seines Guthabens an R. behändigt. Nun erhob St. Klage gegen B. auf Ersatz dessen, um was dieser durch Herbeiziehung seines Eigenthums zu seiner Befriedigung bereichert worden, also auf Bezahlung des Erlöses aus dem Verkauf der Bilder.

Diese Klage wurde abgewiesen, und ist in den Gründen der diese Abweisung billigenden oberstrichterlichen Entscheidung ausgeführt:

Durch den Vorbehalt des Eigenthums, welchem die Natur einer Suspensivbedingung zukommt[1]), wird der Uebergang des Eigenthums auf den Käufer bis zur vollständigen Befriedigung des Verkäufers gehindert. Während des Schwebens der Bedingung erwirbt der in Besitz gesetzte Käufer weder das Eigenthum des Kaufgegenstandes noch das Recht, das Eigenthum hieran auf einen Dritten zu übertragen; vielmehr bleibt der Verkäufer Eigenthümer der verkauften Sache und er kann dieselbe behufs seiner Befriedigung sowohl von dem Käufer als auch von jedem Dritten vindiciren. Dieses Vindicationsrecht geht dem Verkäufer dadurch nicht verloren, daß die Sache dem Käufer auf dem Wege der Zwangsvollstreckung abgepfändet und zur Befriedigung eines andern Gläubigers veräußert wird, weil der Ansteigerer einer dem gepfändeten Schuldner nicht gehörigen Sache Eigenthum daran nicht zu erwerben vermag.

Kann aber im vorliegenden Fall dem Kläger das Recht nicht abgesprochen werden, die unter Eigenthumsvorbehalt verkauften Bilder zu seiner Befriedigung von dem derzeitigen Besitzer, welcher sie auf dem Wege der zwangsweisen Versteigerung käuflich an sich brachte, zurückzufordern, so steht ihm gegen den dermaligen Beklagten ein Klagerecht, welches nur als condictio wegen grundloser Bereicherung aufgefaßt werden könnte, nicht zu; indem diese condictio als subsidiärer Rechtsbehelf nicht stattfindet, wenn der Kläger die Aufhebung des factischen Unrechts mit der Vindication noch bewirken kann (vgl. Vangerow Pand. Bd. 3 § 628; Windscheid Pand. § 421 Not. 17).

Vom Standpunct einer Entschädigung könnte ein directes Klagerecht gegen den Beklagten nur als condictio furtiva Platz greifen, wofür aber die thatsächlichen Voraussetzungen gleichfalls nicht gegeben sind. Denn auf diese condictio ist niemals ein Anderer gehalten, als derjenige, welcher die Entwendung beging — qui fecit — oder dessen Erbe (fr. 5 de cond. furt. 13. 1). Nach den Behauptungen der Klage hatte aber nur der Gerichtsvollzieher, nicht auch der Beklagte selbst von dem Eigenthumsvorbehalt vor der Versteigerung Kenntniß erhalten. Von Letzterem läßt sich deshalb nicht sagen, er habe mala fide fremde Sachen veräußert und sich dadurch eine Entwendung — furtum — zu Schulden kommen lassen.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 9. April 1880. HV. Nr. 5418.

(v. L.)

[1]) Vgl. Bd. 35 Nr. 123 nebst Nachw.

295. Ehescheidung wegen böslicher Verlassung. Umfang des richterlichen Ermessens.

Vgl. Bd. 3 Nr. 67; Bd. 13 Nr. 36 Z. 2; Bd. 33 Nr. 136; Bd. 35 Nr. 133.

. . . Bei der freien Stellung, welche dem Richter in Ehescheidungsprocessen wegen böslicher Verlassung sowohl nach gemeinem als auch nach dem particulären schleswig-holsteinischen Recht (vgl. § 4 a. E. der Verordnung vom 29. Juli 1785) namentlich in dem Falle eingeräumt ist, wenn der Aufenthalt des fortgegangenen Ehegatten bekannt ist, besteht für ihn keine Verpflichtung, die Ehe auf Anrufen des zurückgelassenen Ehegatten dem Bande nach zu scheiden, wenn die voraufgegangenen Zwangsmaßregeln sich als vergeblich erwiesen haben. Es bleibt vielmehr seinem pflichtmäßigen, durch die Umstände des einzelnen Falles geleiteten Ermessen überlassen, zu bestimmen, ob die Ehe sofort definitiv zu scheiden, oder zunächst noch der Versuch zu machen ist, durch eine zeitweilige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett eine Befestigung des gelockerten Ehebandes herbeizuführen. Letztere Maßregel erscheint im vorliegenden Fall angezeigt, weil nach der aus den Acten sich ergebenden Sachlage die Hoffnung nicht für ausgeschlossen erachtet werden kann, daß nach einer zeitweiligen Trennung der Ehegatten noch eine Versöhnung derselben eintreten werde.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 5. Juni 1879 in der holsteinischen Sache Hochstein w. Hochstein.

---

296. Inwieweit ist nach Scheidung der Ehe derjenige Gatte, welchem das Recht der Erziehung der Kinder nicht zukommt, zum Zutritt und Umgang mit den Kindern berechtigt?

Vgl. Bd. 33 Nr. 312.

„Der Beklagten, welche der an der Ehescheidung unschuldige Theil ist, kommt das Recht der Erziehung der in der geschiedenen Ehe erzeugten drei unmündigen Kinder zu, und wird dieses Erziehungsrecht der Beklagten von dem Kläger nicht bestritten. Der Kläger seinerseits, der auch nach der Scheidung als Vater das Recht und die Pflicht hat, persönlich von dem leiblichen und geistigen Zustand seiner Kinder sich zu überzeugen und durch zeitweilige Zusammenkünfte einer gegenseitigen Entfremdung entgegenzuwirken, ist daneben zu dem Verlangen berechtigt, daß ihm der Verkehr mit den Kindern nicht ganz untersagt, sondern ihm von Zeit zu Zeit der Besuch derselben gestattet werde, und könnte er sich diesfalls ohne Zweifel zum Schutze dieses Rechts der actio de liberis exhibendis bedienen. Allein die Beklagte ist in dieser Beziehung dem Kläger stets bereitwillig entgegengekommen. . . . Wenn jedoch der Kläger in gegenwärtigem Proceß ver-

langt, daß die Kinder jährlich wenigstens ein Mal auf die Dauer von 14 Tagen zu ihm in sein jetziges Domicil nach F. sollen verbracht werden, so stellt sich dieses Verlangen als ein unzulässiger Eingriff in das der Beklagten zustehende Erziehungsrecht dar. Vermöge dieses Erziehungsrechts ist sie befugt, ihre Kinder stets in ihrem unmittelbaren Gewaltbereich zu haben; diese Befugniß ist nothwendig, um einerseits ihr selbst die fortdauernde Einwirkung auf dieselben zu ermöglichen und andrerseits Dritte von einer solchen längere Zeit dauernden Einwirkung, wodurch der Erziehungsplan gestört werden könnte, auszuschließen. Durch die verlangte Verbringung der Kinder aber nach F. wären diese der Verfügung der Mutter entrückt, und Kläger könnte nicht nur während einer nicht unerheblichen Zeit ungehindert und ohne jede — in seinem eigenen Hause nicht mögliche — Controle Einwirkungen jeder Art auf die Kinder ausüben, sondern hätte auch leicht Gelegenheit, die Kinder über die gestattete Dauer hinaus bei sich zurückzubehalten und sie so noch längere Zeit der Aufsicht und Erziehung der Beklagten zu entziehen; welchenfalls auch der Umstand zu beachten ist, daß das Domicil des Klägers außerhalb Württembergs liegt und die Beklagte der Gefahr ausgesetzt wäre, vor einem fremden Richter mit ungewissem Erfolg als Klägerin auftreten zu müssen. Zu all diesem kommt noch, daß der Kläger in F. in zweiter Ehe lebt und daß ein Zusammensein der Kinder mit der zweiten Ehefrau des Vaters gleich peinlich für die Beklagte als für die Kinder unzukömmlich wäre."

Erk. des Obertribunals zu Stuttgart v. 24. März 1879 i. S. H. w. H. (P.)

---

297. Begründung der Klage gegen ein Hauskind aus einem von dessen Vater kraft väterlicher Gewalt für dasselbe aufgenommenen Darlehn.

Vgl. Bd. 26 Nr. 44; Bd. 28 Nr. 213 II.; Bd. 32 Nr. 152.

Der Ansicht des Beklagten, daß die Klage aus dem Darlehn, welches seinen durch ihn dabei vertretenen Kindern gegeben worden, die erfolgte Verwendung des geliehenen Geldes in den Nutzen der Kinder voraussetze, kann nicht beigepflichtet werden. Denn die Stellen des röm. Rechts, nach denen die Klage aus einem Darlehn, welches ein Vormund für seinen Bevormundeten aufgenommen hat, gegen den Letzteren nur unter der Voraussetzung jener Verwendung gegeben wird, beruhen lediglich auf dem römisch-rechtlichen Grundsatz, wonach die Handlungen eines freien Stellvertreters eine unmittelbare Verpflichtung des Vertretenen überall nicht und eine mittelbare nur insoweit erzeugten, als der Vertreter die Abnahme der von ihm übernommenen Verbindlichkeit von dem Vertretenen zu fordern befugt war. Daß nach dem heutigen Princip unmittelbarer Wirksamkeit der Vertragsschließung durch Stellvertreter jene Quellenbestimmungen An-

wendung nicht mehr finden können, iſt ſchon wiederholt in oberſtrichterlichen Entſcheidungen anerkannt.

Seuffert Archiv Bd. 26 Nr. 44, Bd. 28 Nr. 213 II., Bd. 32 Nr. 152; vgl. auch Glück Commentar Thl. 12 S. 54.

Das Gleiche würde aber von dem Vater, welcher kraft väterlicher Gewalt innerhalb ſeiner Verwaltungsbefugniſſe für ſeine Kinder ein Darlehn aufgenommen hat und inſoweit als natürlicher Vormund die Hauskinder vertritt, ſelbſt dann gelten müſſen, wenn das röm. Recht über dieſen Fall eine gleiche Beſtimmung wie über das von einem Vormunde für ſeinen Mündel aufgenommene Darlehn enthielte.

Wenn Beklagter ferner geltend macht, ein ſeinen Kindern (durch ſeine Vermittelung) gegebenes Darlehn ſupponire, daß das geliehene Geld in das Vermögen der Kinder gelangt ſei, ſo iſt zwar ſolches an ſich richtig; allein dieſe Vorausſetzung, welche mit einer ſpäteren Verwendung des geliehenen Geldes zum Nutzen der Kinder offenbar nicht zuſammenfällt, wird durch den bereits normirten Klagbeweis, daß nämlich der Ehemann (und Cedent) der Klägerin den durch ihren Vater vertretenen beklagtiſchen Hauskindern 10000 ℳ darlehnsweiſe hingegeben habe, ohne Zweifel ſchon mitgetroffen. Denn zu dieſem Beweiſe gehört (was dem Beklagten durch directen Gegenbeweis zu widerlegen unbenommen iſt), daß der Ehemann der Klägerin bei Hingabe des Darlehns dem Beklagten die Abſicht, den Kindern deſſelben, vertreten durch den Beklagten, zu leihen, alſo ihnen das Eigenthum des Geldes zu übertragen, kundgegeben und daß Beklagter, ohne dieſer Erklärung zu widerſprechen, insbeſondere ohne eine ſeinerſeitige Erklärung, für ſich ſelbſt leihen zu wollen, das Geliehene angenommen habe.

Arndts Pand. § 140; Windſcheid Pand. § 155 Not. 7, § 172 Not. 13.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 28. Mai 1880 i. S. H. Tiedau in Gr. Hilligsfeld in väterlicher Gewalt über ſeine 3 Kinder, Bekl., w. die Ehefrau des Friedrich Mund in Herkenſen, Kl., wegen Forderung. (W.)

---

298. Auslegung eines Teſtaments; Rückſicht auf die muthmaßliche Abſicht des Teſtators? * — Univerſalfideicommiß oder Subſtitution? ** — Bedeutung des Ausdrucks „Kinder" bei Subſtitutionen. *** — Die Subſtitution auf den Erbtheil enthält nicht zugleich eine ſolche auf das Prälegat. — Accrescenzrecht bei (Univ.-) Vermächtniſſen.

*Vgl. Bd. 3 Nr. 181; Bd. 4 Nr. 163; Bd. 5 Nr. 196; Bd. 7 Nr. 67; Bd. 9 Nr. 182; Bd. 15 Nr. 31; Bd. 18 Nr. 59; Bd. 26 Nr. 9 (nebſt Nachw.). — **Vgl. Bd. 6 Nr. 222; Bd. 28 Nr. 143. — ***Vgl. Bd. 22 Nr. 110 nebſt Nachw.; Bd. 25 Nr. 38. (Auch Bd. 31 Nr. 47 nebſt Nachw., Nr. 48; ſowie Bd. 34 Nr. 313 nebſt Nachw.)

Im Teſtament des S. vom 14. December 1843 waren die namentlich aufgeführten 5 Kinder des Erblaſſers zu Erben eingeſetzt und denſelben

deren Descendenten substituirt worden. In einem Codicill vom 15. Mai 1845 wurde bestimmt, daß, wenn des Erblassers gemüthskranker Sohn Heinrich unverheirathet sterben sollte, dessen ganze Erbportion unter die übrigen, wieder mit Namen aufgeführten, übrigen 4 Kinder des Erblassers getheilt werden solle, und dieselbe Bestimmung wurde in einem späteren Codicill vom 23. Februar 1847 wiederholt.

Der Testator starb 1853 und wurde von sämmtlichen Kindern beerbt. Im Jahr 1873 starb der gemüthskranke Sohn Heinrich unverheirathet, nachdem vorher schon 3 seiner Geschwister unter Hinterlassung von Leibeserben mit Tode abgegangen waren. Sein einziger überlebender Bruder beanspruchte nunmehr gegenüber jenen Descendenten seiner 3 Geschwister die gesammte auf den Gemüthskranken vererbte Quote des väterlichen Nachlasses als Universalfideicommiß, vermöge Accrescenzrechts. Die Beklagten machten dagegen geltend: nach dem Inhalt der vom Testator getroffenen Verfügungen seien sie ihren betr. Ascendenten in Ansehung des aus dem Erbtheil des Gemüthskranken gebildeten Fideicommisses als substituirt zu betrachten, mithin die Ansprüche des Klägers daran auf sein eigenes Viertheil beschränkt. Abweichend von dem Gericht 1. Instanz wies das Berufungsgericht diese Auslegung der letztwilligen Dispositionen als unbegründet zurück. Aus den Gründen:

Dem Obergericht muß man zunächst darin beistimmen, daß jene Verfügung über den Erbtheil des Heinrich als Universalfideicommiß zu behandeln ist. Nach der Disposition vom 15. Mai 1845 sollte die beim Tode des Testators noch vorhandene gesammte Erbschaft auf seine 5 Kinder zu gleichen Theilen übergehen, und zwar, wie nach der im Testament getroffenen Erbeinsetzung nicht zu bezweifeln, so, daß jedes Kind seinen Theil als Erbe des Testators erhielte, wie denn auch der Letztere in der Urkunde vom 15. Mai 1845 bei der Verfügung über das eventuelle spätere Schicksal des dem Heinrich von ihm zugewandten Vermögens dieses Vermögen geradezu als die Erbportion des Heinrich bezeichnet hat. Wenn aber dieser fünfte Theil des Nachlasses nach dem Willen des Testators auf den Heinrich vererbte, folgeweise mit dem übrigen Vermögen des Letzteren sich confundirte, so war damit von selbst die Möglichkeit ausgeschlossen, daß nach dem späteren kinderlosen Tode des Heinrich seine Geschwister den fraglichen Antheil als Erben des Testators erwarben, vielmehr konnte alsdann dieser ihr Erwerb nur durch Vermittelung des wirklichen Erben (Heinrich eintreten, und eben hierin ist das Characteristische der Zuwendung einer Erbschaftsquote durch Universalfideicommiß im Gegensatz zur Erbeinsetzung zu befinden, wenngleich immerhin der Testator dieser rechtlichen Construction der eventuellen Zuwendung des Heinrich'schen Erbtheils an seine übrigen Kinder sich nicht bewußt gewesen sein wird.

Da nun ein Vermächtniß, welches auf den Todestag des Onerirten

hinterlaſſen iſt, den Geſetzen nach als ein bedingtes gilt (fr. 1 § 2 de condit. 35. 1; fr. 4 pr. quando dies legat. 36. 2), und da in Bezug auf die Frage nach der Transmiſſion des Rechts des Vermächtnißnehmers auf ſeine Erben zwiſchen Singular- und Univerſalvermächtniſſen kein Unterſchied beſteht, ſo würden die Beklagten, deren mit dem Fideicommiß bedachten Aſcendenten ſämmtlich vor dem onerirten Erben Heinrich geſtorben ſind, von dem Fideicommiß an und für ſich ſelbſt dann ausgeſchloſſen ſein, wenn demſelben auch nicht die fernere offenbare Bedingung beigefügt wäre: falls der Onerirte unverheirathet und ohne eheliche Kinder ſterben ſollte.

Die Anſicht der Beklagten aber, welcher das Gericht 1. Inſtanz beigetreten iſt, daß ſie vom Teſtator in Anſehung des fraglichen Fideicommiſſes ihren betr. Aſcendenten ſubſtituirt ſeien, findet in den vorliegenden letztwilligen Verfügungen keine genügende Begründung. Zwar mag man zugeben, daß anſcheinend für den Teſtator kein erſichtlicher Grund vorlag, die Beklagten wegen des rein zufälligen, für dieſelben ohnehin ſchon bedauerlichen Vorherſterbens ihrer Aſcendenten vor dem Heinrich S. von der Theilnahme an dem Fideicommiß auszuſchließen. Allein bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen bleibt die, ohnehin thatſächlich immer unerweisliche, Erwägung für ſich allein ohne alles Gewicht, daß der Teſtator, wenn er an einen damals in der Zukunft liegenden beſtimmten Fall gedacht hätte, eine in der That nicht getroffene Dispoſition, als den geſammten Umſtänden nach augenſcheinlich rationell und billig, getroffen haben würde. Insbeſondere kann dabei von einem ähnlichen Verfahren nicht die Rede ſein, wie es bei der analogen Erweiterung geſetzlicher Rechtsnormen dahin führen kann, eine vom Geſetzgeber nicht wirklich erlaſſene Beſtimmung wegen der Gleichheit des geſetzlichen Grundes, welche in dem von ihm nicht berückſichtigten Fall hervortritt, gleichwohl als beſtehend zu behandeln. Vielmehr hat die in Fällen der hier vorliegenden Art allein zuläſſige *Auslegung* lediglich an das im einzelnen Fall wirklich vorliegende Material ſich zu halten und die aus dieſem erkennbare und mit demſelben vereinbare Willensmeinung des Erblaſſers an der Hand der beſtehenden Interpretationsregeln zu ermitteln. Auf dieſem Wege aber gelangt man nicht dahin, in den zur Beurtheilung ſtehenden Dispoſitionen des Teſtators die beklagtiſcherſeits behauptete Subſtitution der Beklagten auch nur mit einiger Sicherheit zu erkennen, ſo ſehr auch noch nach neueſtem röm. Recht der unter Beobachtung der nöthigen äußeren Form auf *irgend welche* Art kundgegebene Wille des Erblaſſers als oberſtes Geſetz über die Ermittelung vermächtnißweiſer Anordnungen und ihres Sinnes entſcheiden muß. . . .

Die Annahme, daß auf Grund verſchiedener Quellenſtellen, z. B. fr. 201, 220 § 1 de V. S. 50. 16, in letztwilligen Verfügungen unter dem Ausdruck „Kinder" im Zweifel auch Enkel zu verſtehen ſeien, eine Annahme, welche ohnehin eine gleichmäßig feſte Praxis keineswegs für ſich hat (vgl.

Seuffert Archiv Bd. 4 Nr. 133, Bd. 13 Nr. 103, Bd. 25 Nr. 38), kann hier ſchon deshalb nicht in Frage kommen, weil der Teſtator beide Male ſeine bewußten 4 Kinder mit Namen genannt hat und weil für die Behauptung, daß die namentliche Bezeichnung beſtimmter Perſonen bis zum Beweiſe des Gegentheils dieſe Perſonen nicht bloß als Individuen, ſondern zugleich als Repräſentanten ihrer vorhandenen und etwaigen künftigen Deſcendenz kennzeichne, nicht der mindeſte Grund erſichtlich iſt. . . . Mag man auch einräumen, daß der Teſtator nicht wirklich daran gedacht habe, ſeine Enkel von aller Theilnahme an dem Fideicommiß auszuſchließen, ſo folgt doch daraus noch nicht die für die Intention der Beklagten unerläßliche poſitive Annahme, daß er die Enkel eventuell habe mitberufen wollen, vollends aber nicht, daß er dieſe Abſicht durch den Inhalt der Fideicommißerrichtung ſelbſt verſtändlich erklärt habe.

Die einzige wirkliche Erwähnung der Beklagten ſeitens des Erblaſſers findet ſich im Eingang des Teſtaments vom 14. December 1843, wo dieſelben den zu Erben ernannten Kindern des Teſtators vulgariter ſubſtituirt ſind. . . . Die (ſpätere) Zuwendung des Fideicommiſſes an die mit demſelben bedachten 4 Kinder des Teſtators erſcheint in Betracht, daß dieſe Vermächtnißnehmer im Teſtament zu Erben eingeſetzt ſind, als eine Art Prälegat, wenigſtens im weiteren Sinn des Worts. An und für ſich liegen aber in der Erbeinſetzung und in dem dem Eingeſetzten hinterlaſſenen Prälegat völlig verſchiedene, getrennt beſtehende Dispoſitionen, von denen der Bedachte die eine annehmen, die andere ausſchlagen kann (fr. 17 § 2, fr. 18 de leg. I. 30). Und wenn auch in gewiſſen Beziehungen, wie darauf das angefochtene Urtheil hinweiſt, bei teſtamentariſchen Subſtitutionen zufolge beſonderer Rechtsvorſchrift die für den einen Fall getroffene Verfügung im Zweifel als auch für einen andern, wenngleich nicht ausdrücklich miterwähnten Fall getroffen gelten ſoll (z. B. fr. 4 pr. § 1. fr. 27, 41 pr. de vulg. et pupill. subst. 28. 6), ſo iſt dagegen in fr. 32 de leg. III. 32 die grade für den vorliegenden Fall erhebliche, von namhaften Rechtslehrern (Puchta Vorleſungen § 526; Mühlenbruch Lehrbuch Bd. 3 § 735 a. E.) als allgemeine Regel hingeſtellte Entſcheidung gegeben, daß der dem eingeſetzten Erben vulgariter Subſtituirte als ſolcher das dem institutus hinterlaſſene Prälegat nicht ohne Weiteres beanſpruchen kann, weil er nicht als ſtillſchweigend auch in Anſehung des Prälegats ſubſtituirt zu betrachten iſt. Die angeführte Stelle ſteht den Beklagten um ſo mehr entgegen, als in dem darin referirten Fall die Vulgarſubſtitution in den Erbtheil durch Hinwegfall des institutus doch zur Wirkſamkeit gelangt war, während dieſelbe im vorliegenden Fall dadurch, daß die primo gradu eingeſetzten Aſcendenten der Beklagten, wie feſtſteht, die Erbſchaft des Teſtators ſämmtlich angetreten haben, in ihrem ganzen Umfang hinfällig geworden iſt. . . .

Hiernächst muß auch die Frage, ob die von den beklagtischen Ascendenten nicht erworbenen Fideicommißantheile in Folge insoweitigen Hinwegfalls der Fideicommißverfügung in der Erbschaft des Onerirten verblieben oder dem Kläger accrescirt seien, zu Gunsten des Klägers beantwortet werden. Die Verfügung selbst bietet nicht den mindesten Grund zu der Annahme, daß der Testator einem jeden der 4 Honorirten von vorn herein und unter allen Umständen nur seinen bestimmten Theil von der Erbportion ihres Bruders habe vermachen, also, da dieser Erbtheil aus den verschiedenartigsten Gegenständen bestand, wie sie im Codicill vom 23. Februar 1847 aufgezählt sind, einen jeden auf den ideellen vierten Theil an allen diesen einzelnen Objecten habe beschränken wollen. Es ist vielmehr das fragliche Vermögen den Geschwistern des Onerirten offenbar als ein Ganzes, überdies in einem und dem nämlichen Satze, vermacht und der Zusatz, daß es ihnen zu gleichen Theilen zufallen solle, nur zur Bezeichnung des Theilungsmaßstabs, entsprechend der gleichlautenden Bestimmung der Erbtheile der betr. Kinder des Testators, getroffen.

Urtheil des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 16. Febr. 1875 i. S. Stünkel w. Kollmeyer u. Consl. wegen Erbrechts. (W.)

---

299. Form der sog. Testamentsschedeln.* Gerichtsgebrauch.**

*Vgl. Bd. 35 Nr. 42 nebst Nachw. — **Vgl. Bd. 34 Nr. 20 nebst Nachw.

In dem Nachlaß des G. hat sich ein von demselben ohne Zuziehung von Zeugen eigenhändig geschriebenes Schriftstück d. d. Grimmen den 6. April 1870 gefunden, in welchem „als Nachtrag zu dem Testamente" bestimmt ist: daß aus den Zinsen des Nachlasses der Wirthschafterin S. auf ihre Lebenszeit jährlich 60 Thlr. vom Todestage des Testators an als Rente gezahlt werden sollen.

Ueber die formelle Gültigkeit dieser letztwilligen Verfügung entnehmen wir den Motiven des oberstrichterlichen Erkenntnisses das Folgende:

Bekanntlich gehört die Frage: ob die in der const. 8 § 3 de codicillis 6. 36 (vgl. auch Notariatsordnung von 1512 Ziff. II „von Testamenten" § 2) für Codicille vorgeschriebene Form der Zuziehung von fünf Zeugen auch für die in einem solennen Testament bestätigten Codicille zur Anwendung zu bringen, zu den Hauptcontroversen des gemeinen Erbrechts. Die von J. H. Böhmer in der disputatio de codicillis absque testibus validis 1707 vertheidigte Ansicht, daß die im Testament bestätigten Codicille keiner besondern Form bedürfen, war schon längst vorher in der Praxis, wenn sie auch in der Theorie nur wenig Anklang gefunden, befolgt. Seit dieser Dissertation war es jedoch in den juristischen Schriften des vorigen Jahrhunderts zu einem feststehenden Rechtssatze geworden, daß die in einem

Testament bestätigten Codicille an keine Form gebunden seien, wodurch dieser Grundsatz in der Praxis der Gerichte immer festeren Boden faßte. Nachdem aber der italienische Advocat E. Dunius 1752 jene Böhmer'sche Ansicht bekämpft und sie mit Erfolg widerlegt hatte, ist dieselbe vom Ende des vorigen Jahrhunderts an von den juristischen Schriftstellern theils stillschweigend verlassen, theils ausdrücklich verworfen worden, so daß freilich gegenwärtig die der Böhmer'schen entgegengesetzte Ansicht nicht bloß in der Theorie, sondern auch fast durchweg in der Praxis der Gerichte herrscht.

Alles dies gilt zwar vorzugsweise nur von den in futurum confirmirten Codicillen, in Bezug auf welche sich die Theorie der Formlosigkeit indessen schon in der frühern Praxis unter dem Namen der sog. reservatorischen Clausel Eingang zu verschaffen gewußt hatte. Es wurde nämlich dem Erblasser gestattet, seinem Testament die gedachte Clausel hinzuzufügen und kraft derselben später formlose Zettel, schedae oder schedulae testamentariae, mit der Wirkung zu errichten, daß diese Testamentszettel oder Nachzettel, Nachträge oder Beilagen als integrirende Theile des Testaments, wie wenn sie in dem letztern selbst enthalten wären, zu behandeln seien. Wiewohl die sog. reservatorische Clausel und die obengedachten Testamentszettel eigentlich nichts Anderes sind als sog. mystische Verfügungen oder confirmirte Codicille . . . und wiewohl die neuere Praxis ganz entschieden den entgegengesetzten Weg eingeschlagen und sich für die Nichtzurechtbeständigkeit von dergleichen formlosen Testamentszetteln erklärt hat, so ist es doch unbestritten, daß die reservatorische Clausel, auch wo sie die Grenzen einer sog. mystischen Verfügung überschritten, wenigstens hinsichtlich der Vermächtnisse in Deutschland allgemein in Gebrauch gewesen ist (vgl. E. v. Hymmen Beiträge zur jurist. Literatur Samml. 4 S. 52, 59; Rabe Samml. preuß. Gesetze Bd. 6 S. 334—341). . . .

Da die Frage wegen der Gültigkeit der im Testament bestätigten Nachzettel oder der auf Grund der im Testament enthaltenen reservatorischen Clausel formlos errichteten schedulae testamentariae zu den gemeinrechtlichen Controversen gehört, so läßt sich nicht wohl annehmen, daß, wenn der vom Appell.-Richter festgestellte Neu-Vorpommersche Gerichtsgebrauch sich für die Rechtsbeständigkeit dieser Testamentszettel entschieden hat, dieser Gerichtsgebrauch wider die Gesetze ist, da sich in Bezug auf jene Frage in den oben angezogenen Gesetzen die Rechtsungültigkeit der in Rede stehenden Nachzettel keineswegs völlig unzweifelhaft und klar ausgesprochen findet. Auch muß nach der Ansicht der größern Zahl der Rechtslehrer einem Gerichtsgebrauch der ebengedachten Art, ohne daß derselbe gerade mit den Erfordernissen eines particulären Gewohnheitsrechts versehen zu sein braucht, eine verbindende, die Gerichte auch zu dessen fernerer Befolgung verbindende Kraft beigelegt werden (vgl. Entsch. des Obertribunals Bd. 32 S. 47—59, insbes. S. 53 u. 54). Uebrigens beruht jener Neu-

Vorpommersche Gerichtsgebrauch, welcher bei der dortigen Bevölkerung volle Anerkennung gefunden hat, auf guten practischen Gründen und erscheint eine Aufhebung oder Beseitigung desselben um so weniger geboten, als dieselbe Rechtsanschauung der für die altländischen Provinzen zum Gesetz gewordenen Bestimmung des § 35 des Anhangs zum allgem. preuß. Landrecht § 163 Tit. 12 Thl. I zum Grunde liegt.

Erk. des Obertribunals zu Berlin (1. Sen.) v. 20. April 1874. Fenner u. Mecke civilr. Entscheidungen Jahrg. 5 Nr. 92. (X.)

---

300. Familienstiftung. Recht der Anwärter auf Rechnungsablage gegen den Verwalter der Stiftung.

Ein Erblasser hatte testamentarisch verfügt, daß zwei Drittel seines Vermögens zu einer Familienstiftung in der Weise verwendet werden sollten, daß aus den Zinsen jährliche Einkünfte von je 160 Thlr. an ältere unverheirathete weibliche Familienglieder und erst, wenn keine solche vorhanden seien, an unverheirathete männliche Familienglieder vergeben werden sollten. Zum Verwalter der Stiftung hatte er den M. ernannt und denselben u. A. zur Entwerfung eines Reglements für die Verwaltung der Stiftung ermächtigt. — Als in mehreren Jahren nach dem Tode des Erblassers dies Reglement noch nicht entworfen war und Mißtrauen gegen den Verwalter M. entstand, klagte ein Brudersohn des Erblassers gegen denselben auf Mittheilung des Reglements und Rechnungsablage. Der Beklagte bestritt, daß Kläger hierauf ein Recht habe, weil die Verwaltung der Stiftung vom Stifter allein dem Beklagten übertragen sei und bei dem Ueberfluß an unverheiratheten bedürftigen weiblichen Familienmitgliedern der Kläger für seine Person gar keine Aussicht habe, je in den Genuß einer Portion zu gelangen, ihm mithin auch das Interesse an der Klagerhebung fehle. — Beklagter wurde indeß in allen Instanzen verurtheilt.

Vom AG. wurde u. A. ausgeführt: das Interesse des Klägers an der Rechnungsablage über das Stiftungsvermögen gehe aus seiner Stellung als Erbe und Familienmitglied des Erblassers hervor. Die sämmtlichen Erben seien dabei interessirt, daß die durch ihren Erblasser und für ihre Familie ins Leben gerufene Stiftung, von der sie für sich und ihre Angehörigen Vortheile erwarten dürften, erhalten bleibe. Demgemäß sei der Verwalter des Stiftungsvermögens ihnen auch zur Rechnungsablage verpflichtet. Es sei ihm zwar durch das auferlegte Regulativ ein Mittel an die Hand gegeben, seiner Pflicht zur Rechnungsablage zu genügen ohne jedem einzelnen Erben separat Rechnung stellen zu müssen; da er es aber bis jetzt versäumt habe sich dieses Mittels zu bedienen, müsse er auch die Folgen seiner Säumniß tragen und jedem Erben auf Verlangen die Abrechnung über die vergangenen Jahre vorlegen.

In höchster Instanz ward ausgesprochen:

Der Appell.-Richter ist mit Recht davon ausgegangen, daß der Grundsatz, der Verwalter fremden Vermögens habe über seine Verwaltung den Betheiligten Rechnung abzulegen, im vorliegenden Fall zur Anwendung zu bringen sei. Es würde dieses allerdings nicht der Fall sein, wenn der weiter vom Beklagten aufgestellte und als verletzt bezeichnete Rechtssatz, daß den Familiengliedern gegen den Verwalter einer Familienstiftung ein klagbares Recht auf Erfüllung der ihm vom Stifter gemachten Vorschriften nicht zustehe, begründet wäre. Allein dieser Satz ist als richtig nicht anzuerkennen, es haben vielmehr die Familienglieder, auch wenn sie nach den vom Stifter getroffenen Einrichtungen zur Zeit im Genusse der stiftungsmäßigen Vortheile sich noch nicht befinden, das Recht, von dem Verwalter der Stiftung zu verlangen, daß ihnen Einsicht in die Verwaltung gewährt werde und daß dieselbe den Anordnungen des Stifters gemäß geführt werde, sofern nicht, was vorliegend nicht der Fall, durch die Bestimmungen des Stifters dieses aus allgemeinen Grundsätzen folgende Recht ausgeschlossen ist. . . .

Erk. des Obertribunals zu Berlin (6. Sen.) v. 12. Septbr. 1879 in der holstein'schen Sache D. w. D.'schen Testamentsexecutor.

---

301. Verzeihung wegen eines Enterbungsgrundes.

Vgl. Bd. 5 Nr. 34.

. . . Was die Einrede der Verzeihung anbetrifft, so ist zwar so viel als feststehend anzusehen, daß die Enterbungsgründe durch Verzeihung des Verletzten nach allgemeinen Rechtsregeln ihre Kraft verlieren, jedoch streitig, ob eine Verzeihung diese Wirkung auch dann zu äußern vermag, wenn sie nicht schon vor, sondern erst nach Errichtung des Testaments erfolgt ist. Es verdient aber die Ansicht den Vorzug, daß eine erst nach der Testamentserrichtung erfolgte Verzeihung ohne Zurücknahme des Testaments nicht zu beachten ist, vorzugsweise aus dem Grunde, weil es mit den sonstigen Rechtsgrundsätzen über Testamente völlig unvereinbar erscheint, daß ein gültig errichtetes Testament, ohne daß dasselbe zurückgenommen worden, durch den bloßen Willen des Testators hinfällig werden könnte.

Glück (Mühlenbruch) Commentar Thl. 37 S. 185 f.; Mühlenbruch Pandekten § 691; v. Bangerow Pandekten § 484; Sintenis Civilrecht § 197 Not. 22; Seuffert Archiv Bd. 5 Nr. 34.

Urtheil des OAG. zu Celle (2. Sen.) v. 8. Juni 1880 i. S. Wilhelm Hollung zu Förste, Bekl., Ber.-Kl., w. August Hollung in Osterode a. H., Kl., Ber.-Bekl., wegen Erbtheilung. (W.)

---

302. Ueber die Uebertragbarkeit und Theilbarkeit von Reallastberechtigungen.

Kläger beanspruchte als Besitzer eines vom ehemals adeligen Gut S. legten Hofes A. von den ehemaligen Gutsuntergehörigen von S. die kennung ihrer Verpflichtung, ihm die Unterhaltung gewisser die Ländereien s Hofes berührender Wege von der Hand zu halten. Er begründete Anspruch damit, daß bei der Ablegung des Hofes A. vom Hauptgut S. dem letzteren zuständig gewesene Berechtigung obigen Inhalts auf den A. zum entsprechenden Theil übertragen worden sei.

Das AG. gab der Klage statt, indem es ausführte:

„Ob, wie Verklagter behauptet und was wohl möglich ist, diese llast ursprünglich als Hofdienst entstanden ist, kann dahingestellt bleiben, sie durch diese Entstehungsart ihre rechtliche Eigenschaft als Reallast er sonst noch insbesondere in Ansehung der Uebertragbarkeit bzw. Theilkeit der Reallastberechtigung verändern würde. Reallastberechtigungen nämlich cessibel (Gerber deutsches Privatrecht § 169 a. E.), freilich, sie an den Besitz eines Grundstücks geknüpft sind, wie im vorliegenden ll, nur mit der Uebertragung des Grundstücks. Das berechtigte Grundstück im vorliegenden Fall das ehemals adelige Gut S. Dieses hat der Kläger ar nicht ganz, aber doch zum Theil im Besitz, nämlich soweit es 1791 Nebenhof A. abgelegt worden ist. Indessen es gehört auch nicht etwa den Begriffsmerkmalen der Reallast, daß sie untheilbar, namentlich der herrschenden Seite, sei. Es kommt hierbei auf die Natur der en Gegenstand bildenden Leistungen an; sind diese theilbar, so ist nicht ndlich, weshalb nicht auch das Recht auf diese Leistungen getheilt den und getheilt übertragen werden könnte. Im vorliegenden Fall sind Leistungen theilbar, denn es handelt sich um Wegelasten, um Arbeiten Aufwendungen, welche für die innerhalb des Gutsbezirks S. liegenden gestrecken zu machen sind. Wie die Wegestrecken selbst, so sind auch e Wegelasten beliebig theilbar. Wurden jene zwischen zwei fortan ständigen Höfen, den aus dem Gesammtgut S. 1791 gebildeten Höfen und A., getheilt, so konnte mit der theilweisen Uebertragung des chtigten Grundstücks auch eine theilweise Uebertragung der Reallastchtigung erfolgen.

Ob eine solche Uebertragung der Reallastberechtigung stattgefunden be, ist streitig. Sie hat jedenfalls nicht stattgefunden mit Einwilligung Reallastverpflichteten, und daraus ergiebt sich alsbald eine Beschränkung klägerischen Anspruchs. Wider oder ohne den Willen des Verpflichteten n nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen durch Uebertragung der Forderung f ein anderes berechtigtes Subject keine Erschwerung der geschuldeten istung herbeigeführt werden. Eine Erschwerung der Wegelasten für die

Vorbesitzer der Verklagten würde aber durch die Theilung des Realrechts zwischen S. und A. insoweit eingetreten sein, als es sich um die Unterhaltung des Mühlenweges von A. nach Solwigmühle handelt; denn erst bei der Abtrennung wurde A. mit Wirthschaftsgebäuden versehen, die Hofwohnstelle wurde erst damals gegründet, es entstand also das Bedürfniß einer Wegeverbindung mit der Mühle, mag letztere auf einem neu angelegten oder, wie es scheint, auf einem schon ausgelegten Mühlenwege stattgefunden haben, vollständig neu und zusätzlich. Die Unterhaltung des Mühlenweges für A. wäre daher eine Vermehrung der Wegelasten gewesen, welche auf Grund der früheren Reallast, durch bloße Theilung und Uebertragung des Realrechts, ohne die Einwilligung der Verpflichteten, die nicht vorliegt, nicht entstehen konnte." . . .

Diese Entscheidung wurde höchstrichterlich gebilligt. Es heißt in den Gründen: „Mit Recht hat das AG. angenommen, daß eine Reallastberechtigung wie die hier in Rede stehende, welche mit dem Besitz eines Grundstücks verbunden ist, zugleich mit diesem auf einen Dritten übertragen werden kann und daß, sofern die Leistung des Verpflichteten theilbar ist, auch mit der Uebertragung eines Theils des berechtigten Grundstücks das Recht auf die Leistungen theilweise übertragen werden kann, vorausgesetzt, daß dadurch eine Vergrößerung der Leistung nicht hervorgerufen wird, sowie daß es für die Frage der Uebertragbarkeit und Theilbarkeit der Berechtigung nicht wesentlich sei, ob sie ursprünglich aus dem gutsherrlichen Verhältniß entstanden sei. Wenn, wie im vorliegenden Fall, dem Besitzer eines Guts das Recht zusteht, von den Gutsuntergehörigen zu fordern, daß sie zur Unterhaltung von Wegen, soweit sie die zum Gut gehörigen Grundstücke durchschneiden, Dienste leisten, bzw. ihm die Unterhaltung dieser Wege von der Hand halten, und er einen Theil des Guts einem Dritten überträgt, so geht damit die Berechtigung und Verpflichtung bezüglich des abgetretenen Theils des Guts nicht unter, sondern wird auf den Erwerber des letzteren übertragen, sofern hierauf der Wille der Contrahenten gerichtet ist. Da nun unbestrittenermaßen der Hof A. früher einen integrirenden Theil des Guts S. gebildet hat und als erwiesen anzusehen ist, daß derselbe mit allen ihm anklebenden Rechten und Gerechtsamen auf den Rechtsvorgänger des Klägers übertragen sei, so nimmt das AG. mit Recht an, daß es nicht des Nachweises bedürfe, daß für den Hof A. die fragliche Reallastberechtigung durch unvordenkliche Verjährung entstanden sei, sondern daß die Darlegung genüge, daß diese Berechtigung für das Stammgut S. bestanden habe, für dieses durch unvordenkliche Verjährung begründet sei." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 28. Mai 1880 in der preuß. (schleswigschen) Sache Commune Sollwig w. Outzen.

3. Bergrecht. Ueber die Rechtsverhältnisse an den Halden und den in
ten noch befindlichen Mineralien. — Die Muthung geht gemeinrechtlich
auf eine bestimmte Lagerstätte, nicht auf ein bestimmtes Mineral.

Der Appell.-Richter räumt dem Bergwerkseigenthümer an den von
n aufgeworfenen Halden als Accessionen des Bergwerkseigenthums so
nge ein Vorzugsrecht vor dem Eigenthümer des Grund und Bodens ein,
s er deren Ausnutzung nicht aufgegeben hat, und hält das Hüttenamt
i R. auch noch nach Einführung des (preuß.) allgem. Berggesetzes in
rhessen für befugt, über den Schwerspat zu Gunsten des Verklagten
verfügen, welcher sich in den aus früherem Bergbaubetrieb herrührenden
alden befindet, vorausgesetzt, daß zur Zeit der Einführung des neuen
esetzes die bergmännische Ausnutzung der Halden nicht bereits aufgegeben
ar. Demnächst stellt der Appell.-Richter auf Grund der Beweisaufnahme
t, daß die Halden seit dem Jahre 1838 verlassen gewesen und nur zur
rge, d. h. zum Ausfüllen von Spalten und Löchern, benutzt worden
en. Er hält die Halden zur Zeit der Einführung des allgem. Berg-
setzes für verlassen und hat deshalb das die Verurtheilung des Verklagten
ssprechende 1. Erkenntniß bestätigt. — Die in den beiden Nichtigkeits-
schwerden erhobenen Angriffe erscheinen gerechtfertigt.

Halden sind Anhäufungen von Gesteinsmassen auf der Erdoberfläche
der Nähe eines Bergwerks, aus dessen Schachten und Stollen dieselben
ördert worden sind. Nicht immer enthalten dieselben nur taubes,
haltiges Gestein. Zu früheren Zeiten sind viele werthvolle und erz-
rende Mineralien auf die Halden gestürzt worden, weil man deren Nutz-
keit nicht kannte oder die bis dahin erfundenen Ausscheidungsmethoden
t ausreichten. Die Halden sind ein Zubehör desjenigen Bergwerks,
n dessen Betriebe sie herrühren.

Hake Commentar über das Bergrecht § 116 c; Achenbach das gemeine deutsche Bergrecht S. 132, 133, 252.

In gewissen Bergordnungen, so auch in der hier maßgebenden hessischen
m Jahre 1616, ist deren Verkauf und Bearbeitung ohne bergmeisterliche
nehmigung verboten.

Hessische Bergordnung von 1616 Thl. II Art. 3 § 4, Art. 8 § 2; Wagner corpus iuris metallici S. 637, 639.

Beim Auflässigwerden eines Bergwerks fallen sie mit diesem ins Freie,
ährend die geschiedenen und gewonnenen Erze dem bisherigen Bergwerks-
enthümer verbleiben.

Hake Commentar § 561; Achenbach gemeines deutsches Bergrecht S. 134, 252.

Dergleichen ins Freie gefallene Halden sind sodann wieder Gegenstand
es neuen Bergwerkseigenthums; nach gewissen Berggesetzen aber nur in
rbindung mit dem auflässigen Bergwerk,

ake § 146 c; Achenbach S. 132,

oder soweit sie sich in dem Felde eines neu verliehenen Feldes befinden

Allgem. (preuß.) Berggesetz v. 24. Juni 1865 § 54 Abs. 2; Motive zur Regierungsvorlage S. 57; Klostermann Lehrbuch des preuß. Bergrechts S. 57, 84; Achenbach S. 136; Klostermann allgem. Berggesetz Nr. 4, 136; Oppenhoff Berggesetz Nr. 353.

Die Halden und die Mineralien, aus denen sie bestehen, sind als nicht abgesondertes — nach Civilrecht zu beurtheilendes — Eigenthum des Bergwerkseigenthümers. Für einen solchen Eigenthumserwerb fehlt es an jedem Erwerbsgrunde. Die Halde bildet als Zubehör des Bergwerks einen Gegenstand des Bergwerkseigenthums und kann von dem Bergwerkseigenthümer zur Gewinnung der darin noch befindlichen regalen Fossilien, soweit sie ihm verliehen sind, und zu bergbaulichen Zwecken verwendet werden. In letzterer Beziehung unterscheiden sie sich in Nichts von dem beim Bergwerksbetrieb beibrechenden, für nicht nutzbar gehaltenen, tauben Gestein, dessen Verwendung dem Bergwerkseigenthümer zu Betriebszwecken freisteht

Karsten die deutsche Bergrechtslehre § 342; Oppenhoff Nr. 386; Klostermann Nr. 143; allgem. Berggesetz v. 24. Juni 1865 § 57 und Motive S. 58 Abs. 4.

Hiernach kann die bloße unterlassene Ausübung einer solchen Benutzung im vorliegenden Fall die vom Appell.-Richter festgestellte Nichtausnutzung zur Gewinnung von Schwerspat neben der festgestellten Benutzung zur Ausfüllung von Löchern und Spalten für den kurhessischen und später für den preußischen Bergfiscus nicht den Verlust der Halden bewirkt und diese nicht zu verlassenen gemacht haben. Die diesfällige in beiden Nichtigkeitsbeschwerden gerügte Annahme des Appell.-Richters verletzt die Grundsätze von der Dereliction und von der Auflassung und dem Verlust des Bergwerkseigenthums. . . .

Der Bergbau, von welchem die Halden herrühren, ist nach dem Zugeständniß des Klägers nur auf Kobalt, Nickel- und Kupferschiefer gerichtet gewesen, und der Kläger hat die spätere Behauptung, daß der Betrieb auch den Schwerspat umfaßt habe, bestritten. Indeß kommt es hierauf nicht an, . . . denn nach dem gemeinen Bergrecht wird abweichend von dem preuß. allgem. Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 14 Nr. 2, § 34 Nr. 5, § 54 die Verleihung nicht auf das Mineral, sondern auf die Lagerstätte ertheilt,

Achenbach S. 240, 245 Nr. 1, S. 255, 399, 415 Nr. 1,

so daß das Recht des Beliehenen alle auf dieser vorkommenden regalen Fossilien umfaßt, und es berechtigte also schon die ältere Verleihung die Richelsdorfer Werke auch zur Gewinnung von Schwerspat aus dem Bergwerk und folglich auch aus den Halden. . . .

Erk. des Obertribunals zu Berlin (3. Sen.) v. 16. Mai 1879 in einer hessischen Sache. Fenner u. Mecke civilrechtl. Entsch. Jahrg. I S. 103.

304. Die Fortführung einer vertragsmäßig erworbenen Firma ist an die Fortsetzung des übernommenen Handelsgeschäfts gebunden.

Die Kaufleute B. und M. bildeten früher unter der Firma B. u. M. eine offene Handelsgesellschaft zur Fabrication von Maschinen. M. trat später aus und überließ das Geschäft mit Activen und Passiven dem B. allein mit der Vereinbarung, daß dieser das alte Geschäft unter derselben Firma als Einzelkaufmann fortführe. Demnächst ist B. in Concurs gerathen, der durch Zwangsvergleich erledigt wurde und den Verkauf aller zum Geschäft gehörigen Grundstücke, Maschinen und Vorräthe nach sich zog. Seitdem betreibt B. unter der alten Firma ein Commissionsgeschäft. Auf Klage des M. wurde er in allen 3 Instanzen zur Löschung der Firma verurtheilt. Das Reichsgericht sprach aus:

„Im Interesse des Verkehrs des Publicums geht das HGB. von dem Princip aus, daß die Firma auf Wahrheit beruhen müsse (Art. 15, 16, 17, 18). Hiervon hat der preußische Entwurf im Art. 26 (jetzt zum Theil Art. 22) eine Abweichung gestattet, indem er, wie aus den Motiven S. 18 hervorgeht, der Erfahrung Rechnung trägt, daß der einer Handlung gewährte Credit zum großen Theil an der Firma hafte und mit derselben auf den Geschäftsnachfolger übergehe; es sollten deshalb die erheblichen Störungen der bestehenden Geschäftsverbindungen und große Schwierigkeiten verhütet werden, welche eintreten könnten, wenn demjenigen, welcher durch Vertrag oder Erbgang ein bestehendes Handelsgeschäft erwirbt, nicht zugleich die Fortführung der bisherigen Firma gestattet werden könnte. Daneben wurde auch berücksichtigt, daß in der Handelswelt die Erhaltung alter berühmter Firmen für einen Ehrenpunct gelte. Diese Begründung läßt unzweideutig erkennen, daß man mit Gestattung der Fortführung der alten Firma durch einen neuen Geschäftsinhaber vorzugsweise das Handelsgeschäft in Betracht gezogen hat, für das dieselbe seither geführt worden ist, dessen Credit und Kundschaft gesichert werden sollte und für welches allein die kaufmännische Anschauung vom Ehrenpunct Berücksichtigung beanspruchen konnte. — Damit erklärt sich die Fassung des jetzigen Art. 22 des HGB., welche nicht von Fortführung der Firma, sondern von Fortführung des bestehenden Handelsgeschäfts ausgeht, welches durch Vertrag oder Erbgang erworben worden ist.

Wenn auch in dem Art. 24 des HGB., um welchen es sich im vorliegenden Fall handelt und welcher von der Nürnberger Commission beigefügt worden ist, die Fortführung der Firma in den Vordergrund tritt, so beruht er gleichwohl, als weitere Abweichung vom Princip der Wahrheit der Firma, auf demselben Gedanken: daß solche für ein Handelsgeschäft erhalten werden solle, welches nur einen theilweisen Wechsel in den Personen erfährt, im Uebrigen aber dasselbe, das bestehende, Handelsgeschäft bleibt.

Weiter als es der Absicht und dem Zweck des Gesetzgebers, Erhaltu des Credits, der Kundschaft und des Ansehens des bestehenden Handel geschäfts, des gänzlichen oder theilweisen Wechsels der Personen un achtet, entspricht, dürfen diese Ausnahmen nicht ausgedehnt werden. Gewinnt es auch nach den Commissionsprotocollen S. 39—40, wo U Uebernahme der Firma umschrieben wird mit Uebernahme der Activen u Passiven, den Anschein, als ob unter Handelsgeschäft nur der Vermögen complex verstanden werde, so würde doch eine solche enge Auffassung d Begriffs des Geschäftes, wobei dessen Wesen als ein organisches Ganz bei welchem die Productivmittel nur durch den damit verfolgten Zwe durch die Unternehmung, für welche sie bestimmt sind, Bedeutung gewinne völlig außer Betracht bliebe, mit dem Gedanken, welcher den Art. 22 und zu Grunde liegt, kaum vereinbar sein. Abgesehen nämlich davon, daß ei so enge Auffassung des Geschäfts von der Voraussetzung ausgehen müßt daß jemals sämmtliche Activen und Passiven übertragen würden (welc Voraussetzung aber schon dann nicht zutrifft, wenn der austretende Gesel schafter aus dem Geschäft abgefunden wird), könnte von einer Fort führung der Activen und Passiven schon der Natur der Sache na welche in dieser Beziehung einen ständigen Wechsel bedingt, kaum die Re sein. Man kann auch nicht annehmen, daß der Uebergang oder die Be behaltung des bestehenden Handelsgeschäfts in dem angeführten weite Sinn nur eine Voraussetzung der Erwerbung der Firma sei, woraus nicht gefolgert werden könnte, daß dieselbe Voraussetzung auch eine Bedingu der Fortdauer sei; es muß vielmehr aus der entwickelten Absicht de Gesetzgebers um so mehr hergeleitet werden, daß die Fortbildung des b stehenden Handelsgeschäfts unerläßliche Bedingung sowohl des Erwerb als des Behaltens der Firma sei, als sonst durch eine dem Erwer früher oder später nachfolgende völlige Umwandlung des Geschäfts das Gese umgangen und für ein neubegründetes Geschäft eine alte (unwahre) Firm geführt werden könnte. — Hiernach kann diejenige Auslegung der Art. 2 und 23 des HGB., wonach die Erwerbung des Geschäfts keine Voraus setzung für Fortführung der Firma, sondern der Uebergang des Handel geschäfts die gesetzliche unvermeidliche Folge der Veräußerung der Firm sei (Thöl Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts S. 4 ff.), für d vorliegende Frage schon um deswillen keine Beachtung finden, weil da (vgl. a. a. O. S. 15) unter Handelsgeschäft weiter nichts verstanden wird als die unter Gebrauch der bisherigen Firma begründeten Forderung und Schulden.

Muß demnach angenommen werden, die Führung einer dem wahr Sachverhältniß nicht entsprechenden Firma sei vom Gesetz ausnahmsw nur unter der Bedingung gestattet worden, daß das Geschäft, für welch dieselbe bisher geführt wurde, im Wesentlichen als dasselbe fortbes

und daß dabei unter Geschäft nicht bloß der Vermögenscomplex, sondern das kaufmännische Unternehmen zu verstehen sei, welchem jener dienstbar ist, so folgt daraus und aus der thatsächlichen Feststellung im angegriffenen Urtheil, daß mit Recht die Erlöschung der vom Revisionskläger fortgeführten Firma angenommen worden ist."

Erk. des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 4. Mai 1880 in einer badensischen Sache. Vgl. Annalen des RG. von Braun u. Blum Bd. 2 S. 48.

---

305. Eine Vereinigung mehrerer Personen zur Betreibung eines Handelsgeschäfts unter der Firma eines der Gesellschafter ist keine Handelsgesellschaft.

Vgl. Bd. 26 Nr. 153; Bd. 32 Nr. 161.

Die Klägerinnen haben mit ihren beiden Brüdern einen Vertrag geschlossen, wonach die vier Geschwister R. für gemeinschaftliche Rechnung ein Manufactur-Handlungsgeschäft betreiben, als dessen Inhaber der eine Bruder W. R. zum Handelsregister eingetragen ist. Das Geschäft mit allen Beständen und Activen soll gemeinschaftliches Eigenthum der vier Geschwister zu gleichen Theilen sein. Der Bruder W. R. hat lediglich nach Außen hin als Firmenträger die Repräsentation des Handelsgeschäfts übernommen. Zu Verwaltern über das gemeinsame Handelsvermögen sind die Eltern bestellt.

Bei Beurtheilung des von den Klägerinnen erhobenen Anspruchs auf Auflösung der Gesellschaft heißt es in Betreff der Frage, ob die Societät als eine Handelsgesellschaft anzusehen sei:

„Was die Befugniß, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, anbetrifft, so ist dieselbe sowenig wie das sonstige Rechtsverhältniß der Gesellschafter nach dem HGB. zu beurtheilen. Denn da das in Rede stehende Handelsgeschäft zwar auf gemeinschaftliche Rechnung und mit gemeinschaftlichem Vermögen, aber unter der Einzelfirma des W. R. von den Gesellschaftern, unter der Verwaltung des Vaters, betrieben werden sollte und betrieben ist; da es also an einer gemeinschaftlichen Firma fehlte und die Gesellschafter sich nicht bloß mit Vermögenseinlagen betheiligt haben (Art. 85, 150, 250, 17, 207 des HGB.), so liegt in der Vereinigung der Parteien überhaupt nicht ein Handelsgeschäft im Sinn des Handelsrechts vor; ihre Rechtsverhältnisse sind vielmehr nach dem allgemeinen Landrecht zu beurtheilen."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 28. April 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Schroer u. Salzmann w. T. W. Rollhaus und Wilhelm und Otto Rollhaus. (Wck.)

---

306. Die Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter (Art. 146 des HGB.) setzt stets voraus, daß die Auflösung der Gesellschaft ꝛc. ins Handelsregister eingetragen ist.

Vgl. Bd. 27 Nr. 159.

Die Nichtigkeitsbeschwerde macht dem Appell.-Richter eine Verletzung des Art. 146 Abs. 2 des HGB. zum Vorwurf. Sie meint, es komme für den Beginn der in dem Artikel eingeführten Verjährung, wie der Abs. 3 ergebe, nicht unbedingt auf den Tag an, an welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden oder die Ausschließung des Gesellschafters in das Handelsregister eingetragen worden; vielmehr könne, wenn ein Anspruch gegen einen ausgeschiedenen Gesellschafter erhoben werde, das Erforderniß der Eintragung in das Handelsregister bei der Begründung der Verjährungseinrede durch den Nachweis ersetzt werden, daß das Ausscheiden des Gesellschafters dem Forderungsberechtigten in anderer Weise glaubhaft kenntlich gemacht sei. — Diese Ansicht muß als unrichtig angesehen werden.

Der Abs. 3 des Art. 146 beschränkt die Vorschrift des Abs. 2 insofern, als er bestimmt, daß die Verjährung außer der Eintragung der Auflösung der Gesellschaft oder des Ausscheidens oder der Ausschließung des Gesellschafters in das Handelsregister Fälligkeit der Forderung voraussetze. Aus dieser Vorschrift läßt sich ein Moment für die in der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemachte Auslegung des Abs. 2 nicht entnehmen. Eine solche Auslegung wird dagegen durch den klaren Wortlaut dieses Absatzes ausgeschlossen. Es kann auch nicht als gerechtfertigt angesehen werden, der Vorschrift mit Rücksicht auf den Zweck derselben eine weitere, über den Wortsinn hinausgehende Auslegung zu geben; da es sich hierbei um ein singuläres, die Geltendmachung einer Forderung im Vergleich mit den allgemeinen Rechtsvorschriften beschränkendes Rechtsinstitut handelt, so müssen die Voraussetzungen desselben strict interpretirt werden.

Uebrigens steht auch die Ansicht der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Entstehungsgeschichte des Artikels im Widerspruch. Bei der Berathung des Entwurfs des HGB. wurde nämlich beantragt, der in Rede stehenden Vorschrift eine Fassung zu geben, daß darin ausgesprochen werde, die Verjährung beginne auch mit dem Tage, an welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden oder die Ausschließung des Gesellschafters dem Gläubiger zur Kenntniß gebracht oder bekannt geworden sei. Die bezüglichen Anträge wurden aber von der Commission abgelehnt, und zwar nicht deshalb, weil man annahm, daß der Sinn, welcher durch dieselben festgestellt werden sollte, sich bei einer richtigen Auslegung schon aus der Fassung des Entwurfs ergebe, sondern weil es als unerläßlich angesehen wurde, für den Beginn der Verjährung eine ganz bestimmte Zeit zu setzen

l. Protocolle zum HGB. S. 266 ff.). In Uebereinstimmung hiermit hat n denn auch angenommen, daß die Vorschriften des Art. 146 des HGB. einer vor Emanation des HGB. aufgelösten Gesellschaft, in Betreff cher eine Eintragung in das Handelsregister nicht habe stattfinden können, ht anzuwenden sei (Entsch. des ROHG. Bd. 5 S. 81)[1]).

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 23. Juni 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Späthe w. Weyland. (Wck.)

V. Bei der einfachen Commanditgesellschaft haftet der Commanditist n Gesellschaftsgläubigern unmittelbar nach Maßgabe seiner eingetragenen Einlage.

Vgl. Bd. 2 Nr. 287, 288; Bd. 33 Nr. 57; sowie die folgende Nr.

Beklagter war als Commanditist der (einfachen) Commanditgesellschaft, sdener Gewerbebank Fr. u. Co., im Handelsregister mit einer Vermögens= ge von 3000 M. schlechthin, ohne Hinzufügung von besonderen Moda= n, eingetragen worden. Nach dem Gesellschaftsvertrage hatte dagegen r Commanditist nur eine jährliche Einzahlung von 36 M. auf je 300 M. manditeinlage zu beschaffen, und demgemäß hatte Beklagter seither lich 360 M. eingezahlt. Als jetzt nach einigen Jahren die Gesellschaft Concurs gerieth, fragte es sich, ob Beklagter, wie der Güterpfleger Vertretung der Gläubiger klagend beanspruchte, verpflichtet sei, sofort ganzen Rest, oder ob er nur schuldig sei, entsprechend der Festsetzung Gesellschaftsvertrage, jährlich fernere 360 M. bis zur bewirkten Voll= ung der Einlage, zur Concursmasse einzuzahlen. Das Reichsgericht schied in Uebereinstimmung mit dem 1. Richter, abweichend von der Instanz, für die erstere Ansicht:

. . . „Durch die Erklärung der persönlich haftenden Gesellschafter und Commanditisten zum Handelsregister erwuchs für diejenigen, welche h dieser Eintragung zur Gesellschaft in ein Gläubigerverhältniß getreten , ein Recht gegen die Gesellschaft wie gegen den Commanditisten auf die istenz eines Gesellschaftsvermögens entsprechend der abgegebenen Erklärung, in Betreff der als unbedingt und ohne Zeitbeschränkung hinsichtlich Fälligkeit versprochen erklärten Einlage von 3000 M. auf das Vor= densein einer solchen Einlageverpflichtung.

In der Commanditgesellschaft treten mit dem Complementar die Com= ditisten als mit ihm durch die gemeinschaftliche Firma verbunden auch h Außen auf, und der die Gesellschaft vertretende Complementar soll girren und obligirt auch das Commanditcapital. Indem das Gesetz tte zur Anerkennung der Beschränktheit der Haftung für den Fall ihrer

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 27 Nr. 159.

geschehenen Eintragung — Art. 163 des HGB. — zwingt, muß es andrerseits denselben auch ein Recht auf das Vorhandensein des gesetzten Haftungsobjectes, als eines voll und uneingeschränkt der eingetragenen Erklärung entsprechenden, und die Mittel zur Geltendmachung dieses Rechts gewähren wollen. Sollte dieser Erfolg für die Gläubiger lediglich durch eine abgeleitete Geltendmachung der Rechte der Commanditgesellschaft selbst, bzw. des Complementars, gegen den Commanditisten aus dem Gesellschaftsvertrage erreicht werden, so hätte das Gesetz vor Eintragung der Gesellschaft, mit welcher die Limitirung der Haftung zu wirken beginnt, die Vorlegung des ganzen Inhalts des Gesellschaftsvertrages beim Registerrichter behufs seiner Prüfung und Verweigerung der Eintragung, wenn die internen Festsetzungen mit dem aus der Eintragung seitens Dritter zu entnehmenden Inhalt des Vertrages nicht im Einklange stehen, oder behufs Miteintragung der sich aus dem Vertrage ergebenden Einschränkungen der Einlageverpflichtung, falls die beschränkte Haftung auch noch unter weiteren Einschränkungen als den auf eine Vermögenseinlage zulässig sein sollte, anordnen müssen. Oder das Gesetz hätte bestimmen müssen, daß von dem durch die Erklärungen zum Handelsregister kundgegebenen Vertragsinhalt abweichende Vertragsfestsetzungen auch intern ohne Wirkung seien. Endlich hätte das Gesetz bestimmen müssen, daß, gleichviel ob nach dem Gesellschaftsvertrage und dem durch denselben festgesetzten Gewinn- und Verlustbetheiligungsverhältniß der einzelne Commanditist sich unter Zurücknahme des durch etwaigen Verlust nicht erschöpften Theils seiner Einlage aus der Gesellschaft zurückziehen durfte, diese Zurücknahme nicht ohne Auflösung der ganzen Gesellschaft, bzw. nicht vor Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger geschehen dürfe.

Nichts von allem diesem ist durch das Gesetz bestimmt. Lediglich auf die in Nr. 1—4 Art. 151 aufgestellten Contenta beschränkt sich die Forderung des Gesetzes in Bezug auf die von den Betheiligten anzumeldenden Erklärungen über den Inhalt des Gesellschaftsvertrages. Dagegen wird für das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander überhaupt und insbesondere für die Berechtigung auf Entnahme von Zinsen und Gewinn auf die Einlage nach Art. 157 und 161 der Gesellschaftsvertrag für maßgebend erachtet. Endlich gestattet Art. 171 das Ausscheiden eines einzelnen Commanditisten mit seiner Einlage oder mit dem durch Verlust nicht erschöpften Theil derselben ohne Auflösung der Gesellschaft selbst, bzw. ohne vorausgehende Befriedigung oder Sicherstellung derjenigen Gesellschaftsgläubiger, die auf die kundgegebene Commanditeinlage hin contrahirt haben.

Alle diese Erwägungen zwingen dazu, gegenüber der vom Gesetz nicht berührten Freiheit der Gesellschafter in der Festsetzung ihres Rechtsverhältnisses unter einander und demgemäß auch zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern, im Sinn des sonst zu vermissenden und doch wegen der vom Gesetz bei Zulassung der beschränkten Haftung in der einfachen

mmanditgesellschaft verfolgten Tendenz nicht zu entbehrenden Gläubiger-
tzes die Bestimmungen des Art. 165 aufzufassen und dieselben im Sinn
s unmittelbaren Rechts der Gläubiger gegen die Commanditisten, im
gensatz eines bloß aus dem Recht der Gesellschaft oder des Complementars
dem Inhalt der Vertragsfestsetzungen abgeleiteten, zu verstehen. Für
e, übrigens auch in der Theorie weitaus überwiegend vertretene, Auf-
ung spricht auch die Stellung des Art. 165, welcher sich — in unver-
barer Analogie mit der Scheidung zwischen dem Rechtsverhältniß der
sellschafter unter einander und dem der Gesellschaft zu dritten Personen,
sie sich bei der offenen Handelsgesellschaft im 2. und 3. Abschnitt
1 Buch 2 des HGB. findet, — gegenüber dem in den Art. 157—162
andelten Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander, in der Reihe
mit Art. 163 anhebenden Bestimmungen über das Rechtsverhältniß zu
ten Personen befindet, und die Analogie der Fassung des Art. 165 Abs. 1
der des Art. 112 Abs. 1. Der Art. 165 ist das Ergebniß der vom
tz bei seinen Vorschriften über die Voraussetzungen der Eintragung der
mmanditgesellschaft angenommenen rechtlichen Construction, nach welcher
von den Interessenten zum Handelsregister angemeldeten Erklärungen
den Inhalt des Commanditgesellschaftsvertrages mit dem Verpflichtungs-
en abgegeben sind, sich, bzw. die errichtete Gesellschaft, nach Maßgabe
es erklärten Vertragsinhalts und keines andern von Dritten behandeln
lassen." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 29. Novbr. 1879 in einer sächs. Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 69.

---

8. Der Commanditist haftet auch mit dem nicht ins Handelsregister getragenen Theil seiner Einlage, auch wenn diese erst nachträglich erhöht wurde.

Vgl. die vorige Nr.

Der jetzige Kläger W. stand im Handelsregister als Commanditist der mmanditgesellschaft „Zwischenahner Bierbrauerei" mit einer Einlage von 00 M. eingetragen. Später ist seine Einlage durch schriftlichen Gesell-
ftsvertrag auf 15000 M. erhöht, diese Erhöhung jedoch nicht ins Handels-
ster eingetragen worden. Nachdem er im Ganzen 13800 M. eingeschossen
e trat er am 1. Januar 1875 aus der Gesellschaft aus, jedoch ohne
en Austritt eintragen zu lassen. Im Jahr 1877 gerieth die Gesellschaft
Concurs. Jetzt verlangte er Herausgabe seines Geschäftsantheils, den
uf 7800 M. berechnete, indem er angab, daß derselbe bei seinem Austritt
bestens den vollen Betrag seiner Einlage gedeckt habe, und ferner der

Ansicht ist, daß er wegen Nichteintragung seines Austritts im Concurse nur mit der eingetragenen Einlage von 6000 M. hafte. Die Concursgläubiger haben dagegen diesen Anspruch bestritten und widerklagend von ihm die Einzahlung der an seiner vollen Einlage noch fehlenden 1200 M. verlangt.

In 2. Instanz ist Kläger abgewiesen und auf die Widerklage verurtheilt worden. Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen dieses Erkenntniß wurde aus folgenden Gründen verworfen:

„Die Rechte, welche nach dem HGB. den Gläubigern einer Commanditgesellschaft gegen den Commanditisten persönlich und kraft eigenen Rechts zustehen und welche wohl zu unterscheiden sind von denjenigen Rechten, die für die Gesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag gegen denselben begründet sind und jetzt im Concurse der Gesellschaft von den Gesellschaftern vermöge ihrer Eigenschaft als Concursgläubiger gleichfalls ausgeübt werden, sind bezeichnet im Art. 165 und Art. 171 Abs. 3. Nach Art. 165 Abs. 1 haftet der Commanditist den Gesellschaftsgläubigern persönlich 1) mit seiner Einlage, das ist im Sinne dieses Absatzes mit seinem Geschäftsantheil, und 2) mit dem versprochenen Betrage seiner Einlage. Ob diese letztere Bestimmung dem einzelnen Gläubiger ein directes Klagrecht gegen den Commanditisten, mindestens nach der Auflösung der Gesellschaft, gewährt [vgl. Entsch. Bd. 19 Nr. 103 S. 349[1])], kommt hier nicht in Betracht; jedenfalls können die Rechte aus Art. 165 von der Gesammtheit der Gläubiger für den ihnen durch den Ausbruch des Gesellschaftsconcurses zu ihrer Befriedigung überwiesenen Gesellschaftsfonds ausgeübt werden. Nach Art. 171 Abs. 3 (vgl. Art. 129 Abs. 5, Art. 25 Abs. 2) kann der Nichtigkeitskläger sich auf seinen angeblichen Austritt aus der Gesellschaft gegen die Gesellschaftsgläubiger nicht berufen, weil sein Austritt nicht ins Handelsregister eingetragen und auch nicht behauptet ist, daß derselbe den Gläubigern anderweitig bekannt geworden sei. Folglich haftet der Nichtigkeitskläger den Gläubigern, als gehöre er noch jetzt der Gesellschaft an, und es ist deshalb gleichgültig, ob die Forderungen der Letzteren aus der Zeit vor oder nach dem angeblichen Austritt sich herschreiben. Sonach ist sowohl der Widerspruch der Gläubiger gegen den von dem Nichtigkeitskläger in seiner Angabe erhobenen Anspruch auf Rückerstattung seiner zur Zeit seines Austritts in seinem Geschäftsantheil noch vorhanden gewesenen Einlage — würde auch dieser Anspruch gegenüber der Gesellschaft, d. i. den nach dem Ausscheiden des Nichtigkeitsklägers übriggebliebenen Gesellschaftern, aus dem Gesellschaftsvertrage zu rechtfertigen gewesen sein —, als auch der von den Gläubigern widerklagend erhobene Anspruch auf die Ergänzung der Einlage wohlbegründet.

---

[1]) Vgl. auch die vorige Nr.

Es ändert hieran nichts, daß es sich in beiderlei Beziehung nur um den Theil der Einlage des Nichtigkeitsklägers handelt, welcher nicht in das Handelsregister eingetragen ist. Die maßgebende Bestimmung des Art. 165 macht die Rechte der Gläubiger nicht von der Eintragung abhängig; sie spricht allgemein von der Einlage und von dem versprochenen Betrage. Dies entspricht auch durchaus den Rationen des Gesetzes. Man hat allerdings die eigenthümliche Haftung des Commanditisten, im Unterschiede von der rechtlichen Stellung eines stillen Gesellschafters, darauf zurückzuführen, daß die Theilnahme des Commanditisten durch die Eintragung ins Handelsregister öffentlich erkennbar zu machen ist. Allein die Verfolgung dieses Gedankens führt keineswegs mit Nothwendigkeit zu der Consequenz, daß die Haftung des Commanditisten durch die Vollziehung der Eintragung bedingt sei. Das Gesetz hat vielmehr die volle Consequenz seiner Ration in einer andern Richtung gezogen, nämlich dadurch, daß es die Eintragung sowohl des Commanditverhältnisses als auch der Höhe der Einlage den Commanditisten und auch der Gesellschaft zur Pflicht macht, zu deren Erfüllung sie durch Ordnungsstrafen angehalten werden können. Durch die Verabsäumung seiner Pflicht kann der Commanditist sich nicht in eine günstigere Lage versetzen. Im Gegentheil hat das Gesetz (Art. 163 Abs. 3) an die gänzliche Unterlassung der Eintragung auch den civilrechtlichen Nachtheil geknüpft, daß der Commanditist den Gesellschaftsgläubigern gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verhaftet wird, es sei denn, daß seine beschränkte Betheiligung den betreffenden Gläubigern bekannt war. Da die Folge dieser Kenntniß nur sein kann, daß es bei der von dem Commanditisten durch den Gesellschaftsvertrag, d. i. als Commanditist (Art. 165), übernommenen Haftung sein Bewenden behält, so ist hiermit auch durch das Gesetz ausdrücklich ein Fall gegeben, in welchem sich die Haftung des Commanditisten aus Art. 165 nach der Höhe des versprochenen Einlagebetrags normirt, trotzdem derselbe nicht eingetragen ist.

Endlich kann dem Nichtigkeitskläger bei diesem Wortlaut des Art. 165 Abs. 1 und bei dieser allgemeinen Tendenz des Gesetzes auch der Umstand nicht zu Statten kommen, daß seine Einlage ursprünglich nur auf den eingetragenen Betrag festgesetzt war und erst nach der Eintragung um den hier streitigen Betrag erhöht worden ist. Vielmehr kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch die nachträgliche Erhöhung einer Einlage eingetragen werden muß. Dies ist schon eine Consequenz der Vorschriften über die bei der Errichtung der Gesellschaft erforderlichen Eintragungsvermerke (Art. 151 Nr. 4) und ergiebt sich ferner aus der Vorschrift der Eintragung des späteren Eintritts eines Commanditisten (Art. 156); denn der ursprüngliche Commanditist nimmt hinsichtlich des Betrags der nachträglichen Erhöhung seiner Einlage der Gesellschaft und ihren Gläubigern gegenüber ganz dieselbe Stellung ein wie eine andere als Commanditist neu eintretende

Person; dies ist außerdem Voraussetzung der in ihrer Allgemeinheit auch auf die nachträgliche Erhöhung der Einlage zu beziehenden Vorschrift des Art. 171 Abs. 1, daß das gänzliche oder theilweise Ausscheiden eines Commanditisten ins Handelsregister eingetragen werden muß." . . .

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (3. Sen.) v. 8. Mai 1879 in einer oldenburg. Sache. Entsch. des ROHG. Bd. 25 S. 114 ff.

---

309. Actiengesellschaft. Die statutarische Bestimmung, daß der Zeichner von Namensactien sich seiner Verpflichtungen selber durch Nichteinzahlung des gezeichneten Betrages entledigen könne (Art. 220 Abs. 2 des HGB.) ist unzulässig.

„Die Gründe des 2. Erkenntnisses interpretiren den § 4 des Statuts der hier in Rede stehenden Actiengesellschaft im Sinne eines Rechts des Zeichners von Namensactien, sich durch seinen eigenen Verzug, bzw. die Nichtbeachtung der Aufforderung zur Einzahlung, von der Einzahlungspflicht des gezeichneten Betrages über 50 Procent hinaus loszusagen. Diese Interpretation beruht auf der Annahme, daß eine solche Festsetzung mit dem Wesen der Actienzeichnung vereinbar sei und in der Bestimmung des Art. 220 des HGB. ihren Anhalt finde, wie denn auch der 2. Richter den Einwand der Unzulässigkeit solcher Festsetzung verworfen hat. . . . Eine Abmachung des Inhalts, daß es vom Zeichner soll abhängen können, ob er durch Aufgabe der aus den bisherigen Einzahlungen erwachsenen Rechte sich seiner weiteren Verbindlichkeit zur Restzahlung entledigen will, würde den Bestand des Grundkapitals in die Willkür des Verpflichteten stellen und dem Wesen der Actienzeichnung wie der Erforderlichkeit der Erhaltung des Grundkapitals widersprechen. Die Abmachung, die der Art. 220 Abs. 2 des HGB. für zulässig erachtet, ist im Sinn eines wirksamen Bestärkungsmittels für die Erfüllung der Verpflichtung des Zeichners, nicht als Mittel für deren Schwächung, bzw. als Prämie für die Säumniß des Zeichners, statuirt. Die Gesellschaft soll deshalb die Actienrechte einziehen dürfen, wenn nach ihrer Auffassung in solcher Einziehung wirklich eine Strafe für den Zeichner und ein Vortheil für sie zu finden ist. Von einer Verlustigerklärung seitens der Gesellschaft, wie dies auch Art. 221 des HGB. ausdrücklich ausspricht, hängt daher der zugelassene Wegfall des Rechts aus der Zeichnung ab. Das 2. Erkenntniß verletzt daher die Art. 220, 221 des HGB. und die die Erhaltung des Grundkapitals betreffenden Grundsätze, auf denen der Art. 248 des HGB. beruht, und unterliegt deshalb der Vernichtung."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 24. April 1880 i. S. der Concursmasse der Actienschlächterei zu Halle a/S. w. S. zu Zörbig. Annalen des RG. von Braun u. Blum Bd. 2 S. 51.

---

0. Zur Auslegung der Vorschrift des Art. 317 des HGB., betr. die Formlosigkeit der Handelsgeschäfte.

I. „Die Cessionsform unterliegt nach dem allgem. preuß. Landrecht den rschriften über die Vertragsform § 131 ff. I. 5 daselbst“ (schriftliche Abung bei einem Gegenstande von mehr als 150 ℳ), „welche für Handelshäfte aufgehoben sind, und diese Aufhebung umfaßt nicht bloß die Verträge, che unmittelbar Handelsgeschäfte begründen, sondern auch alle sich auf n Zustandekommen und Erfüllung beziehenden Rechtsacte (vgl. Entsch. RHG. Bd. 5 S. 153). Für diese Formfrage ist daher der Unterschied chen der vertragsrechtlichen und der Uebergabe-Natur der Cession ohne Bedeutung. Die mündliche Abtretung von Forderungen aus Handelshäften ist gültig (Entsch. des RHG. Bd. 15 S. 145), und ist dieses Fall, so vermittelt dieselbe auch nach §§ 393, 402 I. 11 des allgem. brechts den Uebergang des Eigenthums der Forderung.“

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 24. April 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Gewerbebank Schuster w. Herzig. (Wck.)

II. „Alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe es Handelsgewerbes gehören, sind als Handelsgeschäfte anzusehen, und Zweifel gelten die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge als n Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig (HGB. Art. 271—274). Die tere Vorschrift ist allgemein, sie bezieht sich auf alle Verträge, also ch auf Bürgschaften. Daraus folgt, daß der von einem Kaufmann hlossene Bürgschaftsvertrag als Handelsgeschäft anzusehen ist, und zwar f Seiten des Bürgen wenn dieser, auf Seiten des Bürgschaftsnehmers n der Letztere Kaufmann ist. Da nun nach Art. 277 bei jedem Rechtshäft, welches auf der Seite eines der Contrahenten ein Handelsgeschäft die Bestimmungen des 4. Buchs, also auch Art. 317, in Beziehung f beide Contrahenten anzuwenden sind — insofern nicht diese Bemmungen selbst ihre Beschränkung auf den einen Theil aussprechen, eine he Beschränkung aber in Beziehung auf Bürgschaften im 4. Buch sich t vorfindet —, so ergiebt sich, daß derjenige Bürgschaftsvertrag, welcher f Seiten des Bürgschaftsnehmers Handelsgeschäft ist, auch in Beziehung f den Bürgen der Vorschrift des Art. 317 untersteht, mithin zu seiner ltigkeit der Schriftform nicht bedarf.“

Urtheil des Reichsgerichts (1. Hülfssen.) v. 12. Decbr. 1879 in einer preuß. (landrechtl.) Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 25.

311. Gesetzlicher Erfüllungsort für die Zahlung. Kann der Verkä denselben durch die Clausel „zahlbar hier" in der Factura eins abändern?* Auslegung der Verabredung: „in G." (der Handelsniederlass des Verkäufers) zu zahlen.

*Vgl. Bd. 33 Nr. 325 mit Nachw. (Auch Bd. 29 Nr. 107 mit Nachw.)

Der in Hannover wohnhafte Beklagte wurde von einer Firma Gladbach aus einem Handelskauf bei dem hannoverschen Gericht auf Zahlu belangt. Er schützte auf Grund des hannov. Gesetzes v. 22. Septbr. 18 die Einrede der Verjährung vor, und in Folge dessen entstand die Fra ob der Erfüllungsort für die Zahlung in Hannover oder in Gladbach s

Aus den Gründen des Berufungsurtheils:

Daß die Firma S. u. L. als Käuferin der gesetzlichen Reg nach zur Erfüllung ihrer Vertragspflicht die Zahlung des Kaufpreis in Hannover, durch Uebermachung derselben an die Klägerin n Gladbach, zu beschaffen hatte, kann im Hinblick auf die Art. 342, 3 325 des HGB. mit Grund nicht bezweifelt werden. Anders würde d Gesetze nach die Sache nur dann liegen, wenn zufolge des fraglichen Ka contracts die Preiszahlung Zug um Zug zu leisten gewesen wäre, und dieser Erwägung beruht wesentlich das klägerischerseits allegirte Urth (in Seuffert Archiv Bd. 35 Nr. 88), welches davon ausgeht, daß dem damaligen Streitfall — gemäß dem Art. 342 a. E. — der Kaufpr bei der Uebergabe der Waare zu entrichten gewesen sei. Allein di Bestimmung kommt im vorliegenden Proceß nicht zur Anwendung, w Klägerin in den Klaganträgen selbst erklärt hat, es sei gegen Ziel von i Ganzen 6 Monaten verkauft, wie sie denn auch erst seit dem 15. Juni 18 Zinsen des Kaufpreises beansprucht.

Um nun eine Abweichung von jener gesetzlichen Regel zu rechtfertig hat Klägerin . . . geltend gemacht, daß vertragsmäßig Gladbach d Zahlungsort auch für die Käuferin in Betreff ihrer Verpflichtung z Preiszahlung festgestellt sei, und zwar sowohl ausdrücklich, als auch st schweigend durch Uebersendung und Annahme der klägerischen, mit d Worten „zahlbar hier" versehenen Factura.

Was jedoch zunächst diese letztere Behauptung anlangt, so konnte Klägerin, wenn bei dem Abschluß des Kaufcontracts selbst e Vereinbarung, zufolge deren die Käuferin Gladbach als ihren Erfüllungso anzuerkennen hatte, nicht getroffen, mithin von der Käuferin ein Verz auf ihren gesetzlichen Erfüllungsort Hannover nicht ausgesprochen w durch den einseitigen späteren Act der Uebersendung einer Factura mit d Bemerkung „zahlbar hier" der Käuferin das dieser zuständige Recht d deren Erfüllungsort nicht nehmen, derselben auch nicht die Verpflicht auferlegen, gegen einen solchen Antrag auf Verlegung des beklagtis

Erfüllungsorts nach Gladbach oder gegen einen nachträglichen Beding dieses Inhalts bei Vermeidung der sonst anzunehmenden Einwilligung zu protestiren; eine Genehmigung aber kann aus dem bloßen Stillschweigen nicht ohne Weiteres gefolgert werden. Mit Beziehung auf derartige Fälle wird von Puchelt Commentar zum HGB. Bd. 2 S. 167 (2. Auflage) bemerkt, daß sich im Gebiet des Code de procédure civile der Mißbrauch gebildet habe, auf der Factura ausdrücklich zu bemerken, die Zahlung des Preises habe bei dem Verkäufer zu geschehen, um so diesem nach Art. 420 des C. de proc. civ. das Recht zu schaffen, den Käufer bei dem Gericht des Verkäufers zu belangen, und daß dem ein Erkenntniß des ROHG. insofern entgegengetreten sei, als solche einseitigen Zusätze auf der Factura das bestehende contractliche Verhältniß nicht ändern könnten (Entsch. des ROHG. Bd. 5 S. 32 ff.).

Ueber eine ausdrückliche Vereinbarung mit der Wirkung, daß für die Käuferin Gladbach hätte als Erfüllungsort gelten müssen, sind von der Klägerin pertinente Behauptungen mit der nöthigen Bestimmtheit und Deutlichkeit nicht aufgestellt. Ihrer Angabe nach ist verabredet, daß die Käuferin in Gladbach zahlen sollte. Allein daß zwischen den Contrahenten ausgemacht sei, es solle die Käuferin den ganzen Zahlungsact in Gladbach selbst beschaffen, also persönlich oder durch einen Bevollmächtigten die in Zahlung zu gebenden Wechsel dort der Klägerin unmittelbar einhändigen, ist ausdrücklich nicht behauptet; vielmehr giebt Klägerin selbst den Inhalt und die Bedeutung der geltend gemachten Uebereinkunft nur dahin an, daß die Käuferin auf ihre Gefahr die Wechsel nach Gladbach habe hinsenden sollen. Hiermit aber würde nur eine der Käuferin schon nach Art. 325 des HGB. obliegende Verbindlichkeit besonders hervorgehoben sein, welche, wie der Schlußsatz des Artikels ausdrücklich besagt, den gesetzlichen Erfüllungsort des Schuldners nicht ändert. Oder wollte man etwa um deswillen, weil die von der Käuferin zu gebenden Wechsel als „indossable Papiere" unter die im Eingang des Art. 325 sich findende Ausnahmebestimmung zu rechnen, annehmen, die Uebersendung solcher Wechsel an die Klägerin würde nicht schon ohne Weiteres auf Gefahr der Käuferin gegangen sein, so wäre insoweit durch die behauptete Vereinbarung von der Käuferin eine besondere Verpflichtung übernommen, welche aber ebensowenig ohne Weiteres einen gleichzeitigen Verzicht der Käuferin auf ihren gesetzlichen Erfüllungsort enthalten haben würde. Jedenfalls konnte die Letztere, wenn sie sich auch ausdrücklich verbindlich machte, in Gladbach zu zahlen, solches bona fide dahin verstehen, daß ihr darnach ein Mehreres als die nach Art. 325 von dem Geldschuldner zu beschaffende Uebersendung der Zahlung an den Wohnort des Gläubigers nicht obliege, namentlich nicht jener Verzicht auf ihren gesetzlichen Erfüllungsort von der Klägerin ihr angesonnen werde. . . .

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 14. Novbr. 1879 i. S. der Firma Bläm u. Remig in Gladbach, Kl., w. den Kaufmann Löwenstein in Hannover, als Mitinhaber der aufgelösten offenen Handelsgesellschaft Robert Salfeld u. Löwenstein das., Bekl., wegen Forderung. (W.)

---

312. Bei der in Art. 343 Abs. 2 des HGB. erwähnten Androhung bedarf es nicht der Angabe, ob öffentlich oder nicht öffentlich verkauft werden soll.

. . . „Ein die Wirksamkeit der Verkaufsandrohung beeinträchtigender Mangel kann darin nicht erblickt werden, daß der (den Verkauf androhende) Brief des Sachwalters des Klägers die Beklagten im Ungewissen ließ, ob der Verkauf öffentlich oder nicht öffentlich bewirkt werden solle. Zwar stellt das Gesetz, indem es bei Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, dem Verkäufer freigiebt, auf welchem von beiden Wegen er die Waare veräußern will, für jede Verkaufsart besonders das Erforderniß der „vorgängigen Androhung" auf; und in der That ist daraus von Auslegern des Gesetzbuchs gefolgert worden, der Gesetzgeber habe dem Verkäufer die ausdrückliche Bezeichnung der gewählten Verkaufsart vorzuschreiben beabsichtigt. Dieser Folgerung gebricht es jedoch an zuverlässigen Unterlagen. Die Wiederholung der Worte „nach vorgängiger Androhung" im dritten Satz des zweiten Absatzes von Art. 343 kann recht wohl auch auf rein äußerlichen (redactionellen) Gründen beruhen, nämlich nur deshalb nöthig erschienen sein, weil jedem Zweifel darüber hat vorgebeugt werden sollen, daß bei dem nicht öffentlichen Verkauf die vorherige Androhung gleichfalls nicht unterbleiben dürfe.

Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergiebt sich nichts, was einer solchen Vermuthung widerstritte. Die Vorgänge bei der Gesetzesberathung treten ihr vielmehr unterstützend zur Seite. Der preußische Entwurf des HGB. Art. 260 verstattet bloß den öffentlichen Verkauf der nicht abgenommenen Waare und auch nur dann, „wenn sie dem Verderben unterworfen ist". Bei der ersten Lesung wurde indessen eine Vorschrift beschlossen, welche den Verkäufer, wenn der Käufer nach Zahlung des Kaufpreises die Empfangnahme der Waare verzögerte, ermächtigen sollte, die Waare gerichtlich zu deponiren oder „nach vorgängiger Androhung" zu verkaufen, unter Einhaltung der Bestimmungen des Art. 235 über den Verkauf verpfändeter marktgängiger Waaren (Protocolle S. 626 ff. unter d Abs. 1, 2; S. 629 Z. 3—10). Demgemäß regelte nunmehr der von der Redactionscommission bearbeitete Entwurf in Art. 285 Abs. 2 die Befugnisse des Verkäufers gegenüber dem mit der Empfangnahme säumigen Käufer. Die Conferenz genehmigte jedoch weder diese noch

eine durch die Redactionscommission vorgeschlagene andere Fassung, sondern einen dritten Vorschlag, welcher mit dem Inhalt der ersten drei Sätze des zweiten Absatzes des Art. 343 des HGB. sachlich zusammenfällt (Protocolle S. 1374 ff.). Insbesondere erlaubt derselbe für Waaren mit Börsen- oder Marktpreis neben dem öffentlichen auch den nicht öffentlichen Verkauf. Die Worte „nach vorgängiger Androhung" kommen aber hier nur in dem vom öffentlichen Verkauf handelnden Vordersatz vor. Der den nicht öffentlichen Verkauf angehende Nachsatz ist gleichwohl so gefaßt, daß sie da als selbstverständlich hinzugedacht werden müssen. Hätte das Gesetz diese Fassung allenthalben beibehalten, so wäre kaum ein Zweifel darüber entstanden, daß dem Verkäufer ein Mehreres nicht obliege als eine allgemeine Verkaufsandrohung. In einer späteren Berathung (Protocolle S. 1459 ff.) nahm die Conferenz nur noch einen der Schlußbestimmung in Abs. 2 Art. 343 des HGB. entsprechenden Zusatz an. Der Art. 320 Abs. 2 des Entwurfs zweiter Lesung gab endlich den in Rede stehenden Vorschriften diejenige Form, in welcher dieselben bei der dritten Lesung (Protocolle S. 5077 ff.) gebilligt und nachmals zum Gesetz erhoben worden sind. Die Wiederholung der Worte „nach vorgängiger Androhung" ist daher lediglich eine Einschaltung der Redactionscommission. Andeutungen darüber, daß hierauf ein besonderes Gewicht gelegt worden, daß man namentlich der Ansicht gewesen wäre, die Verkaufsandrohung müsse die Art und Weise des beschlossenen Weiterverkaufs mit ankündigen, finden sich nirgends in den Berathungsprotocollen.

Die von den Beklagten vertheidigte Auslegung des Art. 343 hat nach alledem mindestens nicht die Worte des Gesetzes für sich. Auch läuft es allgemeinen Grundsätzen zuwider, Formerfordernisse in das Gesetz hineinzulegen, welche dieses selbst mit unzweideutigen Ausdrücken nicht aufstellt. Wenn die Beklagten ferner noch darauf zurückkommen, daß der Zweck der Verkaufsandrohung (dem Käufer Gelegenheit zur Abwendung der ihm bevorstehenden Schädigung zu bieten) ohne Anzeige des gewählten Verkaufsweges nicht zu erreichen sei, so dürften sie die sachgemäßen Darlegungen der 2. Instanz nicht gehörig gewürdigt haben. Die Füglichkeit, bei nicht öffentlichen Verkäufen auf die Preissteigerung hinzuwirken, hat der Käufer nicht bereits dann, wenn er erfährt, daß der Verkäufer nicht öffentlich verkaufen will; vielmehr müßte ihm außerdem wenigstens noch von dem Namen des mit dem Verkauf betrauten Maklers oder Beamten Kenntniß gegeben werden; zu Mittheilungen über derartige Nebenumstände verpflichtet jedoch das Gesetz den Verkäufer nicht." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 1. Novbr. 1879 in einer sächsischen Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 5.

313. Die vorbehaltlose Annahme einer verspäteten Lieferung enthält an sich noch keinen Verzicht auf den Schadensersatzanspruch wegen der Verspätung.

Vgl. Bd. 31 Nr. 56 nebst Nachw.

Beklagter hatte die vom Kläger zu spät gelieferte Maschine vorbehaltlos angenommen, verlangte aber jetzt einredeweise eine Entschädigung für die Verspätung der Lieferung und fand damit beim AG. Gehör. Kläger rügte in der Nichtigkeitsbeschwerde Verletzung des Rechtsgrundsatzes, daß in der vorbehaltlosen Annahme des Kaufgegenstandes durch den Käufer eine Billigung der Lieferung, so wie sie erfolgt sei, mithin ein Verzicht auf Entschädigungsansprüche wegen verspäteter oder nicht gehöriger Erfüllung zu finden sei. Das Reichsgericht sprach aus:

Ein solcher Rechtssatz besteht, was die hier allein in Betracht kommende Verspätung der Erfüllung betrifft, weder nach Handelsrecht noch nach gemeinem Recht. Ist die Lieferung zu spät, im Uebrigen aber vertragsmäßig erfolgt, so muß der Käufer, von dem hier nicht vorliegenden Fall des Fixgeschäfts (Art. 357 des HGB.) abgesehen, die Waare annehmen, wenn er nicht in Annahmeverzug gerathen will (fr. 17 de peric. 18. 6). Deshalb kann in der Annahme derselben ein Verzicht auf irgend ein Recht, insbesondere wegen Entschädigung für Verspätung der Erfüllung, nicht gefunden werden. Das Gegentheil ist auch in der von dem Kläger in Bezug genommenen Entscheidung des ROHG. (Entsch. Bd. 3 Nr. 58 S. 274) keineswegs ausgesprochen. Wenn in dem dort entschiedenen Fall aus der widerspruchs- und vorbehaltlosen Empfangnahme der Lieferung in Verbindung mit der ebenso vorbehaltlos geleisteten Zahlung ohne Rüge der Verspätung eine Genehmigung der Sendung, sowie ein Verzicht auf etwaige Ansprüche wegen der zu späten Lieferung entnommen wurde, so liegt der Grund für die Annahme dieses Verzichts nicht in der Empfangnahme der Lieferung, sondern darin, daß der Kaufpreis ohne Abzug einer Entschädigung wegen verspäteter Lieferung oder Vorbehalt eines solchen Abzugs bezahlt worden war.

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 28. Novbr. 1879 in einer preuß. (hessischen) Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 21.

---

314. Der Eintritt des Commissionärs als Selbstcontrahent nach Art. 376 des HGB. ist an keine zeitliche Grenze, namentlich nicht an den Zeitpunct der Ausführungsanzeige gebunden.

Vgl. Bd. 31 Nr. 365 mit Nachw.

Kläger hatte als Commissionär vom Verklagten den Auftrag zum Verkauf von 11 Stück 1855er preuß. Prämien-Anleihescheinen empfangen

und zeigte am 27. November 1877 demselben an, daß er die Scheine auftraggemäß begeben habe und um Uebersendung derselben bitte. Die Uebersendung ist erfolgt und Kläger hat dem Verklagten dagegen dessen Guthaben eingesandt. Als sich aber später herausstellte, daß sich unter jenen Scheinen drei bereits ausgelooste befanden, und Verklagter sich weigerte, diese durch andere ungelooste Stücke zu ersetzen oder den entsprechenden Betrag zurückzuzahlen, ist er vom Kläger unter Stellung dieses Alternativantrages verklagt worden. Kläger behauptete jetzt, die Verkaufscommission durch Eintritt als Selbstkäufer ausgeführt zu haben. Verklagter hat dies bestritten. — Das Reichsgericht hat unter Vernichtung des die Klage abweisenden Erkenntnisses 2. Instanz das der 1. Instanz wiederhergestellt und den Verklagten verurtheilt. Aus den Gründen theilen wir Folgendes mit:

„Die Ausführung des AG. entspricht allerdings der Rechtsprechung des vormaligen kgl. preuß. Obertribunals, auf dessen Entscheidung vom 20. November 1866 der Appell.-Richter auch Bezug nimmt. Das vormalige ROHG. hat aber in zahlreichen Entscheidungen diese Auffassung als rechtsirrthümlich reprobirt, und das Reichsgericht schließt sich der, namentlich in dem Urtheil des ROHG. vom 26. Januar 1876 [Entsch. Bd. 19 S. 355[1])] näher begründeten, mit der Rechtsprechung des vormaligen OAG. zu Lübeck (vgl. Seuffert Archiv Bd. 24 Nr. 68) im Einklang stehenden Auffassung des ROHG. an. Der Appell.-Richter nimmt schon einen rechtsirrthümlichen Ausgangspunct, wenn er das Commissionsgeschäft, die Ausführung des Commissionsauftrags einerseits, und das Zustandekommen eines Proprekaufs andrerseits als Gegensätze behandelt und, wenn er dies auch nicht ausdrücklich ausspricht, doch zweifellos annimmt, der Commissionsauftrag als solcher werde nur dadurch, daß der Commissionär das aufgetragene Geschäft mit einem Dritten abschließe, ausgeführt, mit dem Commissionsauftrag sei aber zugleich die Offerte zum eventuellen Abschluß eines Proprekaufs verbunden, welcher letztere dann dadurch perfect werde und nur dadurch perfect werden könne, daß der Commissionär in der Ausführungsanzeige die Acceptation der Offerte zu einem Proprekauf erkläre; wogegen, wenn der Commissionär diese Erklärung nicht in der Ausführungsanzeige abgebe, die Offerte als abgelehnt gelte und folgeweise der Commissionär später nicht mehr seinen Eintritt als Selbstcontrahent erklären könne. Diese ganze rechtliche Construction ist eine verfehlte und der Auffassung des Handelsstandes fremde. Der Commissionsauftrag ist nichts weiter als das Wort besagt; eine Offerte zum Proprekauf enthält derselbe nicht, und es ist ganz gleichgültig, ob der Committent daran gedacht hat. Nach der historischen Entwicklung des Commissionsgeschäfts hat sich, wie in der allegirten Entscheidung des ROHG. ausgeführt ist (vgl. auch Grünhut

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 31 Nr. 365.

Commissionshandel § 43), die Befugniß des Commissionärs festgestellt, nach seiner Wahl, welche jedoch in den in der allegirten Entscheidung des ROHG. S. 359 angegebenen Fällen cessirt, die Commission entweder durch einen Abschluß mit einem Dritten oder durch den Eintritt als Selbstcontrahent auszuführen. Der Eintritt als Selbstcontrahent ist daher nicht von der Ausführung des Auftrags Verschiedenes, sondern nur eine Art der Ausführung des Commissionsauftrags; der Commissionär führt den Auftrag aus, indem er das aufgetragene Geschäft nicht mit einem Dritten, sondern „in sich" abschließt.

Der Commissionär ist auch in der Ausübung seines Wahlrechts keineswegs in der Art zeitlich beschränkt, daß die Ausführungsanzeige die betreffende Erklärung bei Verlust des Eintrittsrechts enthalten müßte; die Uebung des Handelsstandes, an welche Art. 376 des HGB. sich angeschlossen hat, ist vielmehr im Gegentheil die, daß die Ausführungsanzeige, obwohl die Commissionsaufträge großentheils durch Eintritt des Commissionärs als Selbstcontrahent ausgeführt werden, selten eine ausdrückliche Erklärung darüber, ob die Ausführung des Auftrags in der einen oder anderen alternativen Weise erfolgen resp. erfolgt sein solle, enthält. Da der Committent regelmäßig nur ein Interesse dabei, daß das Geschäft überhaupt gemacht wird, hat, es ihm aber gleichgültig ist, ob das Geschäft mit einem Dritten oder von dem Commissionär in sich gemacht wird, da ferner der Commissionär dem Committenten seine Geschäftsverbindungen nicht ohne Noth aufdeckt, so wird es in den meisten Fällen gänzlich mit Stillschweigen übergangen, in welcher der beiden Arten die Commission ausgeführt ist; jedenfalls aber darf der Commissionär, wenn er seine Wahl nicht in der Ausführungsanzeige bereits erklärt hat, dies noch später ohne Zeitbeschränkung nachholen, solange das Wahlrecht nicht durch einen besonderen gesetzlichen Grund, worüber es hier keiner weiteren Erörterung bedarf, seine Endschaft erreicht hat.

In den vom Appell.-Richter urgirten Ausdrücken, welche in den Briefen des Klägers vom 27. bis 29. November 1877 vorkommen (begeben, abliefern, Erlös), kann auch nicht die Erklärung des Commissionärs, daß er den Auftrag durch Abschluß mit einem Dritten abgeschlossen habe, gefunden werden. Es mag zugegeben werden, daß jene Ausdrücke sprachlich eine solche Deutung zulassen. Aber die tägliche Uebung im Commissionsgeschäft spricht gegen eine solche Auslegung. Die Commissionäre gebrauchen regelmäßig solche Ausdrücke in ihren Ausführungsanzeigen, ohne daß sie daran denken, eine Wahl unter den beiden Alternativen treffen und dem Committenten eine Erklärung über die getroffene Wahl abgeben zu wollen: sie gebrauchen solche Ausdrücke, wenn sie eben über die Ausübung der Wahl eine Erklärung überhaupt noch nicht abgeben, sich vielmehr die Wahl oder eine Erklärung darüber noch für eine spätere Zeit vorbehalten wollen. . .

Verfehlt ist es endlich, wenn der Appell.-Richter aus der Bestimmung im Art. 376 Abs. 3 des HGB., wonach der Committent den Commissionär als Selbstcontrahenten in Anspruch nehmen darf, wenn derselbe nicht in der Ausführungsanzeige einen Dritten als Käufer oder Verkäufer namhaft macht, a contrario folgert, daß in dem hier vorgesehenen Fall der Commissionär nicht das Recht habe, dem Committenten gegenüber als Selbstcontrahent aufzutreten. Dieses Recht des Commissionärs folgt schon aus Art. 376 Abs. 1 und 2 bei richtiger Auslegung, und der Abs. 3 hat dem Committenten nur ein correspondirendes Recht als Gegengewicht gegen einen etwaigen Mißbrauch des dem Commissionär eingeräumten Wahlrechts, namentlich für den Fall einer Verzögerung der Erklärung über die Ausübung des Wahlrechts, gegeben. Der Abs. 3 ist zugleich ein Beleg für die Unrichtigkeit der Annahme des Appell.-Richters, daß es zum Eintritt des Commissionärs als Selbstcontrahenten einer Erklärung der Willensübereinstimmung, wie solche zur Perfection eines Vertrags nöthig ist, bedürfe. Wie der Commissionär nach seiner Wahl das aufgetragene Geschäft in sich selbst ausführen kann, ohne der Zustimmung des Committenten zu bedürfen, so kann der Committent nach Abs. 3 den Commissionär als Selbstcontrahenten behandeln, ohne dessen Zustimmung zu bedürfen. . . .

Das angefochtene Urtheil war vielmehr auf die zutreffenden Angriffe des Klägers zu vernichten.

Die anderweite Entscheidung ergiebt sich von selbst. Kläger hat in seiner Ausführungsanzeige noch in suspenso gelassen, ob der Commissionsauftrag durch Eintritt als Selbstcontrahent oder durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt sei. Er durfte die Erklärung über seine Wahl noch später abgeben und hat sie rechtzeitig und rechtsbeständig in dem Brief vom 17. September 1878 und in der vorliegenden Klage dahin abgegeben, daß er den Eintritt als Selbstkäufer gewählt habe und resp. wähle. . . .

Erk. des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 10. April 1880 i. S. des Bankiers B. in Berlin w. G. in Elbing. Annalen des RG. von Braun u. Blum Bd. 2 S. 56.

---

315. Haftung des ersten Frachtführers für die eigenmächtige Abänderung des Frachtbriefs durch den späteren Frachtführer. HGB. Art. 401*. Sie wird solchenfalls nicht ausgeschlossen durch Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht. HGB. Art. 408**.

*Vgl. Bd. 2 Nr. 93; Bd. 4 Nr. 79; Bd. 7 Nr. 172, 355; Bd. 30 Nr. 60; Bd. 34 Nr. 148. — **Vgl. Bd. 31 Nr. 58.

Der Frachtbrief, mit welchem Kläger der beklagten thüring. Eisenbahn eine an St. in Helsingfors bestimmte Kiste mit Wollenwaaren zur Beförderung übergeben hatten, lautete an den Spediteur Sch. in Wirballen

und soll den Vermerk enthalten haben: „Transito Finnland mittels der Zollagenten H. u. Co. in St. Petersburg“. Der Frachtbrief ist demnächst verloren gegangen, und die Kiste langte in Wirballen an mit einem an Stelle jenes Frachtbriefs von der preuß. Ostbahn ausgefertigten neuen Frachtbrief, welcher den Vermerk enthielt: „Zur Verzollung durch die Zollagentur in Wirballen“. In Folge dessen ist das Gut in Wirballen verzollt worden, und Kläger verlangen jetzt die Rückerstattung des Zolls von der thüring. Eisenbahn, indem sie behaupten, Sch. in Wirballen habe denselben vom Destinatär St. erhoben und Letzterer habe ihnen diesen Betrag zur Last geschrieben, ihnen auch seine betreffenden Ansprüche cedirt. — Das auf Beweis erkennende Urtheil 2. Instanz wurde vom Reichsgericht bestätigt.

In den Gründen wird zunächst der ursachliche Zusammenhang zwischen der eigenmächtigen Substitution des Frachtbriefs durch die Ostbahn und der Nothwendigkeit der Verzollung, sowie weiter festgestellt, daß dieses Verfahren der Bahn zum Verschulden anzurechnen sei. Dann wird fortgefahren:

Die Substitution geschah bei Ausführung des Transports, bzw. zum Zweck dieser Ausführung; die Beklagte als erster Frachtführer haftet mithin nach Art. 401 des HGB. (s. auch Art. 429 des HGB. und Betriebsreglement § 62) für den dadurch entstandenen Schaden, und zwar demjenigen gegenüber, welchem sie zur Ausführung des Transports verpflichtet ist, dem Absender. Der Frachtvertrag ging nach der Darstellung in der Klage auf den Transport und die Ablieferung zollfreien Guts; der Frachtführer hat zollpflichtiges abgeliefert, bzw. der vom Absender bezeichnete Empfänger konnte das Gut nur gegen Zahlung des Zolles erhalten; der Absender ist daher zum Schadensersatz berechtigt gerade so, wie er es im Fall des Verlustes oder der Beschädigung des Guts sein würde. Es ist dabei gleichgültig, ob der Absender den Frachtvertrag für eigene Rechnung, oder, wie dies beim Verkäufer, welcher die Waare dem Käufer übersendet, oder beim Spediteur der Fall ist, für fremde Rechnung abgeschlossen hat. Er ist Contrahent, und der Käufer, der Committent, kann (abgesehen von dem Fall, daß er als Empfänger in den Frachtvertrag eintritt) die Klage aus dem Frachtvertrage nur als cedirte geltend machen. Der Absender hat daher sein Interesse an der Ausführung des Frachtvertrags nicht näher zu begründen, braucht also namentlich nicht geltend zu machen, daß er dem Käufer oder Committenten den diesem entstandenen Schaden bereits ersetzt habe. Dem Frachtführer bleibt es vorbehalten, darzuthun, daß dem Absender in Folge besonderer Umstände kein Schaden entstanden sei, z. B. daß derjenige, für dessen Rechnung der Frachtvertrag abgeschlossen war, auf jeden Ersatz verzichtet habe. Nicht aber genügen würde es, wenn der Frachtführer geltend machte, der Absender sei seiner Verpflichtung gegen denjenigen, für

dessen Rechnung er den Frachtvertrag abgeschlossen habe, noch nicht nachgekommen, habe diesem den Schaden noch nicht ersetzt. Die Behauptung der Beklagten, die Kläger hätten an St. in Helsingfors (den Käufer des Guts, welcher dasselbe in Empfang genommen hatte) den Betrag des Zolls nicht bezahlt, ist daher unbeachtlich. Unbeachtlich ist aber auch die Klagbehauptung, St. habe seine Ansprüche den Klägern cedirt; denn St. hatte gegen die Beklagte keine Ansprüche, sondern nur solche gegen die Kläger.

Fraglich könnte sein, ob nicht der Anspruch der Kläger nach Art. 408 Abs. 1 des HGB. erloschen sei. . . . Allein die Bestimmung schlägt aus folgenden Gründen nicht ein. Der Frachtbrief enthält die lex des Frachtvertrags. Indem der Frachtführer dem Empfänger das Gut mit dem Frachtbrief abliefert, erklärt er demselben, einen Frachtvertrag mit dem im Frachtbrief angegebenen Inhalt zu erfüllen, und der Empfänger nimmt nur die Erfüllung dieses Frachtvertrags an, bzw. erklärt nur, daß der Frachtführer seine Verpflichtung aus diesem Frachtvertrag erfüllt habe. Daher kann, wenn der Frachtführer das Gut mit einem Frachtbrief abliefert, welcher einen andern Inhalt als der ursprüngliche über den zwischen Absender und Frachtführer abgeschlossenen Frachtvertrag ausgestellte Frachtbrief hat, die auf Grund dieses neuen Frachtbriefs erfolgende Annahme des Guts und Zahlung der Fracht eine Erklärung über die Erfüllung der Verpflichtung des Frachtführers jedenfalls so weit nicht enthalten, als der ursprüngliche Frachtbrief von dem späteren abweichende Bestimmungen enthält.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 22. Octbr. 1879. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 1 ff.

---

316. Verlust des Ersatzanspruchs in Folge beiderseitigen Verschuldens des Zusammenstoßens der Schiffe (HGB. Art. 737) tritt auch dann ein, wenn die Besatzung eines anderen, aber gleichfalls der Rhederei des beschädigten Schiffs gehörigen Schiffs mitschuldig ist.

Klägerin forderte Ersatz für eine durch Zusammenstoß mit dem beklagtischen Schiff „Bremerhaven" entstandene Beschädigung ihres Schiffs „Havel". Beklagter behauptete u. A., daß sowohl die Besatzung der „Havel" als des gleichfalls der klägerischen Rhederei gehörigen Schiffs „Tiger" an dem Zusammenstoß mitschuldig sei. In den höchstrichterlichen Gründen heißt es:

„Endlich ist dem Beklagten mit Recht alternativ auch der Beweis eines Verschuldens der Besatzung des Dampfers „Tiger" nachgelassen. Denn als Rheder auch dieses Schiffs würde Klägerin nach Art. 451 und 452 des HGB. bis zum Belauf von Schiff und Fracht selbst für einen Schaden haften, welcher der „Havel" durch eine Mitverschuldung der Besatzung des „Tiger" erwachsen ist, und sie kann daher in diesem Fall von dem Beklagten,

sollte dieser auch wegen eines Verschuldens der Besatzung des „Bremerhaven" ebenfalls für den Schaden verantwortlich sein, keinen Ersatz verlangen. Der Art. 737 des HGB. ist auch in solchem Fall analog anwendbar."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 4. Febr. 1880 in einer bremensischen Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 44.

---

317. Wechsel. Zahlungszeit: „bis zum 1. November 1878".

Vgl. Bd. 12 Nr. 181 Not. 6; Bd. 30 Nr. 268 u. d. dort. Nachw.

„Die formale Rechtsnatur des Wechsels und dessen Bedeutung im Verkehr machen für den äußeren, sichtbaren Inhalt des Wechsels gewisse Voraussetzungen nothwendig, von deren Vorhandensein die Eigenschaft des Papiers als Wechsels abhängig ist. Die a. d. WO. hat diese mercantile Auffassung anerkannt, indem sie in den Art. 4 und 96 die wesentlichen Erfordernisse sowohl des gezogenen, als des eigenen Wechsels genau bestimmt, unter Nr. 4 a. a. O. — für beide Wechsel gemeinsam — die Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, verlangt und weiter verordnet:

> Die Zahlungszeit kann . . . nur festgesetzt werden auf einen bestimmten Tag, auf Sicht (Vorzeigung, a vista ꝛc.) oder auf eine bestimmte Zeit nach Sicht; auf eine bestimmte Zeit nach dem Tage der Ausstellung (nach dato), auf eine Messe oder einen Markt (Meß- oder Marktwechsel).

Die WO. fordert also — abweichend zum Theil von älteren Wechselordnungen (preuß. allgem. Landr. II. 8 §§ 772 ff.) — für den Begriff des Wechsels einen in dem Papier urkundlich gemachten, in sich selbst fixirten, oder unter Anwendung der Art. 30 und 32 a. a. O. durch einfache Berechnung leicht festzustellenden bestimmten Zahlungstag und läßt nur bei den besonders gearteten Meß- oder Marktwechseln eine relative Bestimmung der Zahlungszeit durch die Gesetze des Meß- oder Marktorts zu (Art. 35 a. a. O.). Wechsel — statt auf einen Zahlungstag — auf eine Zahlungsfrist, d. h. auf einen längeren, geschlossenen Zeitraum gestellt, sind daher — Meß- oder Marktwechsel ausgenommen — nach dem System der WO. nicht gültig, und die Leipziger Conferenz hat, eben weil sie einen bestimmten Zahlungstag in der Wechselurkunde selbst verlangte, die sonst üblichen Wechsel a uso und a piacere nicht anerkannt und die Meß- und Marktwechsel nur wegen ihrer mercantilen Bedeutsamkeit beibehalten.

Protocolle der Leipziger Conferenz (von Thöl) S. 14, 219; Renaud WR. S. 65. Hartmann WR. § 61; Thöl WR. § 181.

Der Klagewechsel, welcher die Zahlungsclausel „bis zum 1. November 1878" enthält, ist nun aber, wie der Appell.-Richter thatsächlich annimmt, nicht auf einen bestimmten Zahlungstag, jour fixe et déterminé (cool

›mmerc. Art. 219), sondern auf eine Zahlungsfrist gestellt. Eine ıngsfrist läßt den Zeitpunct, in welchem die Zahlung gefordert :n kann und geleistet werden muß, jedenfalls unbestimmt, setzt denselben ın das Belieben des Verpflichteten und gewährt für die Functionen den geregelten Lauf des Wechsels, insbesondere für Verfall, Protest, :eß und Verjährung, keinerlei sichere Grundlage. Die Wissenschaft und Praxis haben daher, mit wenigen Ausnahmen, nach dem System der WO. twechsel nicht für gültig erklärt.

etke Encyklopädie des europäischen WR. Bd. 2 S. 642; Straß WR. S. 49; Hoffmann Erläuterung der a. d. WO. S. 194; Renaud WR. § 66; Hartmann WR. S. 160; Thöl WR. § 181. Erkenntnisse der Gerichtshöfe: Archiv f. d. WR. Bd. 5 S. 429; Löhr Centralorgan N. F. Bd. 3 S. 403, 404; Entsch. des NOHG. Bd. 11 S. 170.

Die im entgegengesetzten Sinn ergangenen Entscheidungen beruhen Theil auf interpretativer Auffassung und auf der Annahme, daß durch Fristclausel (nach Wortsinn und Sprachgebrauch) ein bestimmter lungstag festgesetzt worden sei: eine Annahme, welche hier, wie erwähnt, t zutrifft.

gl. Löhr Centralorgan N. F. Bd. 1 S. 491, Bd. 2 S. 251; Hartmann Centralorgan N. F. Bd. 8 S. 367; Archiv f. d. WR. N. F. Bd. 6 S. 301; Busch Archiv Bd. 37 S. 296.

Wenn Brauer, worauf die Nichtigkeitsbeschwerde abzielt, im Archiv deutsches Wechselrecht Bd. 6 S. 226, 227 auszuführen sucht, daß chsel mit Zahlungsfrist (nach süddeutschem Sprachgebrauch) als auf n bestimmten Zahlungstag gestellt anzusehen seien, so ist einmal nicht mnt, ob an dem Ort der Ausstellung des Klagewechsels ein gleicher achgebrauch gilt, und dann unterliegen Wechsel, weil ihr Lauf an keine Ngrenze gebunden ist und weil sie daher ein universelles Zahlungsmittel Handelsstandes bilden, überhaupt nicht der Auslegung nach rein ticularem Sprachgebrauch."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 10. April 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Dorn w. Schemmel. (Wck.)

---

8. Aus der Annahme des Auftrags zum Incasso eines Wechsels folgt und für sich nicht die Verpflichtung des Mandatars zur Einklagung der Wechselforderung.

Vgl. Bd. 22 Nr. 83; Bd. 32 Nr. 174.

Daß das dem Beklagten ertheilte Incassomandat nicht ausdrücklich) auf die Einklagung der Wechselforderung gegen den Acceptanten chtet war, das ist durch den von dem Beklagten abgeleisteten Schiedseid

festgestellt worden. Daß aber das Wechsel-Incassomandat die Pflicht zur Einklagung nothwendig von selbst enthalte, das folgt zunächst nicht aus dem von der Nichtigkeitsbeschwerde angerufenen § 55 Thl. I Tit. 13 des preuß. allg. Landrechts, wonach ein Bevollmächtigter in der Regel die Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten, aufwenden muß; denn auch der Geschäftsherr zieht bei Anstellung einer Schuldklage die obwaltenden Umstände, namentlich die Aussicht auf die Beitreibung der Forderung aus dem Vermögen des Schuldners, in Betracht. Der von der Nichtigkeitsbeschwerde formulirte Gedanke: „Es ist eine nach den Umständen des Einzelfalles zu beurtheilende Thatfrage, ob der Incassomandatar zur Einklagung verpflichtet ist" — ob er einen Rechtsgrundsatz enthält, mag dahingestellt bleiben — ist richtig; allein der Appell.-Richter folgt jenem Gedanken, wenn er unter Berücksichtigung der obwaltenden Verhältnisse feststellt, daß der Beklagte durch Präsentation des Wechsels und durch Protestaufnahme die Einziehung des Wechsels versucht habe und, beim Mangel eines hierauf gerichteten Auftrages, zur Einklagung nicht verpflichtet gewesen sei. Ein Wechsel-Incassomandat ermächtigt zur Ausübung aller dem Mandanten aus dem Wechsel zustehenden Rechte (Art. 17 der WO.); allein daraus folgt nicht mit Nothwendigkeit und für alle Fälle auch die Pflicht zur Einklagung des Wechsels (Endemann Handelsrecht S. 630)." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 22. Mai 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Nelken w. Lewy. (Wck.)

---

319. Domicilvermerk, dem Accept hinzugefügt, insbesondere bei der Acceptation auf einem unausgefüllten Wechselformular.

Vgl. Bd. 7 Nr. 231; Bd. 10 Nr. 206; Bd. 19 Nr. 57; Bd. 22 Nr. 72; Bd. 26 Nr. 172; Bd. 30 Nr. 273.

„Die WO. versteht unter „Domicilwechseln" in den Art. 24 und 43 nur solche, auf welchen der Aussteller einen von dem Wohnorte des Bezogenen verschiedenen Zahlungsort angegeben hat, und sie will die vom Bezogenen beim Accept gegebene Hinzufügung eines Domicils nicht nach den Regeln der Domicilwechsel, sondern nach denen der beschränkten Accepte behandelt wissen.

Vgl. Protocolle der Leipziger Conferenz, Leipz. Ausg. S. 86, 87; Volkmar u. Löwe WO. S. 121; Hartmann WR. S 220, 221; Renaud WR. 3. Aufl. S. 146, 151. Thöl WR. 4. Aufl. § 85 (S. 295) u. § 162; Borchardt WO. 7. Ausg. S. 82 (Zus. 162), S. 163 (Zus. 365); Entsch. des ROHG. Bd. 18 S. 187 Ziff. 2.

Nun ist es richtig, daß der Aussteller, wie den übrigen Wechselinhalt, so auch den Domicilvermerk nicht selbst zu schreiben braucht; er kann ihn durch einen Andern, also auch durch den Acceptanten, schreiben lassen, ohne

ein so entstandener Domicilwechsel nicht als ein echter, d. h. als ein
Aussteller domicilirter angesehen werden dürfte. Aber nicht minder
tig ist, daß ein vom Acceptanten mit Einwilligung oder auf Anweisung
Trassanten gegebener Domicilvermerk sich als solcher erkennbar machen
ß, um den dritten Inhaber den Vorschriften über die Behandlung von
micilwechseln zu unterwerfen. Dies bewirkt derjenige Domicilvermerk,
cher sich an der wechselüblichen Stelle, also in der Adresse oder am
ß des Wechsels befindet, oder welcher gar im Text des Wechsels aus-
rückt ist; dies bewirkt aber derjenige nicht, welcher sich als Bestandtheil
Accepterklärung darstellt, dann also — gegenüber dem in der Adresse
annten Zahlungsort — als Acceptmodification (WO. Art. 22 Abs. 2)
heint. Letzteren Thatbestand hat der Appell.-Richter vorgefunden.
hrend die Adresse lautet: „Herr Geschwister Jonas in Schlawe", lautet
Accepterklärung: „Angenommen für 231 ℳ. 90 ₰ per 31. Decbr. 78,
lbar b. Herrn Moritz Levin, Berlin, Hausvogteiplatz. Geschwister Jonas".
r Domicilvermerk ist also hier nicht Bestandtheil des Wechselinhalts,
dern des durch Unterschrift abgeschlossenen Acceptvermerks." . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 9. Mai 1879. Wallmann deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1879 S. 611, 612. (X.)

---

320. Interlineaturen in Wechseln und Beweisurkunden[1]).

Bd. 11 Nr. 194; Bd. 28 Nr. 79; Bd. 33 Nr. 173 u. d. dort. Nachw. — Bd. 30 Nr. 287; Bd. 34 Nr. 67, 68, 150 u. d. dort. Nachw.

„Allerdings ist, wie von dem ROHG. häufig anerkannt worden (vgl.
sch. Bd. 1 S. 51, Bd. 7 S. 221, Bd. 11 S. 267, Bd. 20 S. 403,
23 S. 341), bei der formellen Natur der Wechselverbindlichkeit zwischen
weiskraft und Gültigkeit des Wechsels nicht zu unterscheiden. Da derselbe
t bloß Beweismittel, sondern auch die Form ist, von deren Beobachtung
Existenz der Wechselforderung abhängt, so haben äußere Mängel der
unde, wie Rasuren, Correcturen und Interlinearzusätze, nicht allein auf
Beweiskraft, sondern auch auf die Gültigkeit des Wechsels Einfluß.
r Grund aber, weshalb solche Mängel die Gültigkeit desselben beein-
htigen, liegt nicht etwa darin, daß eine mit derartigen Mängeln behaftete
unde an sich wegen ihrer äußeren Beschaffenheit ungeeignet wäre, der
hselform zu genügen. Wenn durch Correcturen, Interlineareinschaltungen
ergl. bewirkte Veränderungen der ursprünglichen Gestalt der Wechsel-
unde schon bei Unterzeichnung derselben vorhanden sind oder bei der
stellung bewirkt werden, oder nach der Ausstellung in der Absicht, durch

---

[1]) Vgl. d. CPO. § 384.

Berichtigung eines Schreibfehlers den wahren Willen der Betheiligten zum Ausdruck zu bringen (Entsch. Bd. 11 S. 267), oder mit Einwilligung der Betheiligten vorgenommen werden, so unterliegt die Gültigkeit des Wechsels ungeachtet der Veränderung keinem Bedenken. Das Vorhandensein von Rasuren, Correcturen, Interlinearzusätzen u. dergl. beeinträchtigt vielmehr, wie die Beweiskraft, so auch die Gültigkeit des Wechsels nur aus dem Grunde, weil dadurch die Uebereinstimmung des in der ursprünglichen Wechselerklärung zum Ausdruck gekommenen wirklichen Verpflichtungswillens mit dem in der Wechselurkunde in ihrer nunmehrigen Gestalt vorliegenden Ausdruck desselben in Ungewißheit gesetzt wird. Hieraus folgt, daß derartige Mängel die Ungültigkeit des Wechsels nur insofern zur Folge haben, als entweder die Gewißheit besteht, daß der nunmehrige Inhalt der Wechselurkunde mit dem Inhalt der ursprünglichen Wechselerklärung nicht übereinstimmt, oder wenigstens Ungewißheit in dieser Hinsicht obwaltet. Daher ist im letzteren Fall die Gültigkeit des Wechsels nicht zu beanstanden, wenn die obwaltende Ungewißheit durch den Beweis gehoben wird, daß eine Veränderung des Inhalts der Wechselerklärung nicht stattgefunden hat, vielmehr die Correctur u. s. w. schon zur Zeit der Ausstellung der Wechselerklärung vorhanden war. Es kann demnach auf einen derartigen Wechsel die Wechselklage gegründet werden. Ob derselbe auch zur Einleitung des Wechselprocesses genüge und ob in letzterem zur Beseitigung des obwaltenden Verdachts die Eideszuschiebung von Seiten des Klägers zulässig sei, kann dahingestellt bleiben, da die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde zu einer Prüfung dieser processualen Fragen keinen Anlaß giebt.

Der als verletzt behauptete Rechtssatz, wonach bloße Indicien einer Fälschung, mithin Ungewißheit bezüglich des ursprünglichen Inhalts der Wechselerklärung, die Ungültigkeit des Wechsels nach sich ziehen soll, kann hiernach nicht anerkannt werden. Vielmehr hat der Appell.-Richter, nachdem Kläger behauptet hatte, daß der zwischen den Linien eingeschaltete Zusatz schon zur Zeit der Wechselunterzeichnung seitens des Verklagten vorhanden gewesen sei, mit Recht die Wechselklage nicht abgewiesen, sondern auf Beweis dieser Behauptung erkannt."

Erk. des ROHG. zu Leipzig v. 1. Novbr. 1878. Heuser Annalen Bd. 24 S. 192 ff. (X.)

II. Civilproceß.

1. Einfluß der deutschen Civilproceßordnung und Concursordnung auf unter der früheren Proceßgesetzgebung verfügte Beschlagnahme eines Diensteinkommens. Ueber die rückwirkende Kraft neuer Gesetze.

Vgl. die folgende Nr.

Durch Beschluß des Bezirksgerichts M. vom 18. October 1877 war das Diensteinkommen des Gemeinschuldners B. nach Maßgabe des Art. 967 Abs. 1 der bayer. Proceßordnung vom Jahre 1869 mit Beschlag belegt worden. Dieser Artikel bestimmt, daß Dienstbezüge u. s. f., soweit sie den Betrag von 400 fl. jährlich nicht übersteigen, und bis zur Hälfte des Mehrbetrages dem Arrest nicht unterworfen sind. Nach Erlaß der deutschen CPO. beantragte der Gemeinschuldner, unter Bezug auf § 749 derselben, vom 1. October 1879 an die aus seinem Diensteinkommen von jährlich 1653 M. kommenen Gehaltsabzüge, welche bisher bis zur Hälfte des Mehrbetrags von 400 fl. jährlich zur Gantmasse eingezogen waren, fortan unter Freilassung von 1500 M. auf 51 M. jährlich abzumindern.

Dieses Gesuch wurde durch Beschluß des LG. in der Erwägung abgewiesen, daß die Zwangsvollstreckungen und das Accordverfahren, wenn vor dem 1. October 1879 die Arrestanlegung dem Drittschuldner zugestellt oder das Ganterkenntniß verkündet worden, nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen seien und in Ansehung der zulässigen Beschlagnahme von Beamtengehältern die Vorschriften der d. CPO. eine rückwirkende Kraft nicht zu äußern vermöchten.

Auf die von B. gegen diesen Beschluß erhobene Beschwerde gab das OLG. dem Antrage statt. — Diese Entscheidung ist auf die Annahme gestützt, daß zwar die Frage, ob eine Beschlagnahme an sich zum Zweck der Befriedigung der Gantgläubiger zu verfügen sei, sich nach den zur Zeit der Verfügung geltenden Proceßgesetzen richte, daß aber die Frage, in welcher Höhe und nach welchem Maßstabe die Beschlagnahme durch Gehaltsabzüge regulirt werden solle, nach dem jeweiligen Gesetze, welches zur Zeit des Anfalls der einzelnen Gehaltsabzüge gelte, zu ermessen sei. Die Höhe der Gehaltsabzüge ändere sich nach den jeweils geltenden Gesetzen mit Rücksicht auf die bestehenden Preis- und Lebensverhältnisse, und der jährige Abzug werde mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse als Prozeßgesetz jeweilig bestimmt.

Diese Entscheidung wurde auf Nichtigkeitsbeschwerde der Gantgläubiger vernichtet, und ist in den Gründen ausgeführt:

Gemäß der §§ 18 Abs. 1, 21 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur CPO. und § 8 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur d. CO. sind für

anhängige Processe, Zwangsvollstreckungen und Concurse die bisherigen Proceßgesetze maßgebend. Zwar wurde es der Landesgesetzgebung vorbehalten, die d. CPO. und CO. auch auf die vor dem Inkrafttreten derselben anhängig gewordenen Processe, Zwangsvollstreckungen und Concurse für anwendbar zu erklären und zu dem Zweck Uebergangsbestimmungen zu erlassen; von diesem Vorbehalt hat aber die bayer. Landesgesetzgebung keinen Gebrauch gemacht, sondern sich darauf beschränkt, die Zeitpuncte zu bestimmen, nach welchen eine Sache als im bisherigen Proceßverfahren anhängig betrachtet werden soll.

Anlangend insbesondere die Zwangsvollstreckungen, so schreibt § 21 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur d. CPO. vor, daß eine vor dem Inkrafttreten derselben anhängig gewordene Zwangsvollstreckung nach den bisherigen Proceßgesetzen zu erledigen ist, und nach Art. 230 Ziff. 2 des bayer. Ausführungsgesetzes zur d. CPO. und CO. ist speciell im Fall des Arrestes auf Forderungen die Anhängigkeit einer solchen Vollstreckungssache als eingetreten *vor* dem Inkrafttreten der d. CPO. dann anzunehmen, wenn vor dieser Zeit die Arrestanlegungsurkunde dem Drittschuldner zugestellt ist. In einem solchen Fall muß die Zwangsvollstreckung bis zu ihrer Erledigung nach den bisherigen Proceßgesetzen durchgeführt werden, und wird die Anwendbarkeit des älteren Gesetzes dadurch nicht beseitigt, daß die zur Erledigung einer Zwangsvollstreckung nothwendigen Handlungen in die Zeit nach dem Inkrafttreten der neuen Gesetzgebung fallen. Ausnahmebestimmungen hinsichtlich des einen oder anderen nach bayer. Proceßrecht zulässigen Vollstreckungsmittels sind im Ausführungsgesetze nicht getroffen....

Ebenso verhält es sich bei anhängigen Concursprocessen. Nach § 9 des Einführungsgesetzes zur d. CO. ist ein vor dem Inkrafttreten derselben eröffnetes Concursverfahren nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen, und nach Art. 231 des bayer. Ausführungsgesetzes ist ein Concursverfahren als eröffnet anzusehen, wenn vor dem Inkrafttreten der d. CO. das Gant erkenntniß in öffentlicher Sitzung verkündet ist. Damit also diesen Einführungsbestimmungen entsprechend verfahren werde, müssen die unter der Geltung des bisherigen Proceßrechts eröffneten Concurse nach den Vorschriften der bayer. Proceßordnung über das Gantverfahren behandelt und hiernach auch die gesetzlichen Wirkungen der Ganteröffnung bemessen werden. Nach Art. 1207 und 1173 der bayer. PO. erstreckt sich die Wirkung der Ganteröffnung, soweit nicht für gewisse Forderungen eine Ausnahme besteht, auf alle zur Befriedigung der Gantgläubiger verwendbaren Vermögenstheile des Schuldners in dem Maße, wie sie Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein können; tritt sonach der Fall ein, daß die Gantmasse aus den Dienstbezügen eines Staatsbediensteten zu bilden ist, so hat für die Zulässigkeit und das Maß der zur Gantmasse einzuziehenden Gehaltstheile bis zur Erledigung des Gantverfahrens nur wieder die Bestimmung des

Art. 967 Ziff. 1 der bayer. PO. als maßgebende Norm zu dienen. Daß in einem nach den bisherigen Gesetzen zu erledigenden Concursproceß speciell diese Bestimmung außer Anwendung gesetzt sein soll, läßt sich angesichts der hier einschlägigen Uebergangsgesetze nicht begründen.

Allerdings beschränkt die d. CPO. in § 749 den Zugriff der Gläubiger in das Diensteinkommen der Beamten auf geringere Gehaltsabzüge, als dies durch Art. 967 Ziff. 1 der bayer. PO. geschieht; auch kann zugegeben werden, daß solchen im Interesse des öffentlichen Dienstes gegebenen Rechtsvorschriften die Eigenschaft eines zwingenden Gesetzes zukommt; allein die verbindende Kraft des Gesetzes bemißt sich nicht nach der Unterscheidung zwischen Prohibitiv- und Dispositivbestimmungen, sondern nach den zeitlichen und räumlichen Grenzen, mit welchen der Gesetzgeber das neue Gesetz einführt. Bei einer Gesetzgebung, welche gemäß ihrer Einführungsbestimmungen die alten und neuen Proceduren neben einander laufen läßt und die anhängigen Sachen nach den bisherigen Proceßgesetzen zu Ende geführt wissen will, geht es in Fällen der letzteren Art nicht an, neues Recht an Stelle des alten zu setzen oder die neuen und alten Gesetze vermischt anzuwenden.

Hiernach ist die in der oberrichterlichen Entscheidung vertretene Ansicht, daß in anhängigen Gantsachen die Zulässigkeit der Beschlagnahme von Beamtengehältern an sich nach den zur Zeit der Verfügung geltenden Proceßgesetzen, dagegen die Höhe und der Maßstab der Gehaltsabzüge nach dem zur Zeit des Anfalls geltenden Gesetze zu bestimmen sei, nicht in Einklang zu bringen mit der in § 8 des Einführungsgesetzes zur d. CO. getroffenen Einführungsbestimmung, daß ein vor dem Tage des Inkrafttretens der CO. eröffnetes Concursverfahren nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen ist. Die bisherigen Gesetze haben bis zur Erledigung eines unter ihrer Herrschaft eröffneten Concursverfahrens in Anwendung zu bleiben; alle im Lauf dieses Verfahrens sich ergebenden Fragen, auch jene, welche die Bildung der Concursmasse betreffen, sind nach den bisherigen Gesetzen zu entscheiden; nach diesem Recht müssen auch Zulässigkeit und Maß der für die Concursmasse zu beschlagnahmenden Gehaltstheile des Gemeinschuldners bestimmt werden, und sind die Fälligkeitstermine der während des Verfahrens fortlaufenden Gehaltsabzüge bei Entscheidung der Frage, ob das alte oder neue Gesetz anzuwenden sei, ebenso belanglos wie die Unterscheidung, ob eine in das Proceßgesetz als Bestandtheil desselben aufgenommene Bestimmung dem Proceßrecht als solchem, oder dem bürgerlichen Recht angehört.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 14. Mai 1880. HV. Nr. 5512.

(v. L.)

322. Die in der Reichs-Concursordnung ausgesprochene Aufhebung des dem Cridar zuständigen beneficium competentiae findet keine Anwendung auf die vor dem 1. October 1879 eröffneten Concurse.

Vgl. vorige Nr.

Ueber das Vermögen des F., welcher am 25. April 1879 einen eigenen Wechsel über 320 M., zahlbar am 1. August 1879, ausgestellt hatte, ward im August 1879 in Folge seiner Insolvenzanzeige Concurs eröffnet. Im November 1879 erhoben die Erben des Wechselgläubigers gegen ihn die Wechselklage auf Zahlung mit dem Bemerken, daß sie aus der Concursmasse Befriedigung nicht verlangten. Die Berufung des Beklagten auf das beneficium competentiae ward in 1. Instanz verworfen, weil angenommen wurde, daß diese Rechtswohlthat durch den § 152 der Reichs-Concursordnung und den § 4 des Reichs-Einführungsgesetzes zu derselben auch mit Bezug auf vor dem Inkrafttreten dieser Gesetze (1. Octbr. 1879) anhängig gewordene Concurse aufgehoben worden sei.

Abweichend erkannte das Berufungsgericht. In den Gründen wird zunächst ausgeführt, daß die vom ersten Richter den gedachten neuen gesetzlichen Bestimmungen beigelegte rückwirkende Kraft allgemeinen Rechtsgrundsätzen widerspreche. Das benef. comp. eröffne nämlich dem Schuldner nicht etwa bloß eine Aussicht auf einen künftigen Rechtserwerb, sondern gewähre ihm eine sofortige dilatorische Einrede gegen die Klage (Seuffert Archiv Bd. 33 Nr. 89, 90, 208), modificire also die zwischen ihm und seinen dermaligen Gläubigern bestehenden Obligationsverhältnisse, ähnlich wie es durch eine Befristung seitens des Gläubigers oder ein landesherrliches Moratorium geschehe. Daß derartige, ihrer Entstehung nach der Vergangenheit angehörige, Rechtsverhältnisse der Regel nach von einer später eintretenden gesetzlichen Abänderung der betr. Rechtsnorm unberührt blieben, folge aus bekannten Grundsätzen der Auslegung. Ebensowenig lasse sich für eine andere Beurtheilung in Erwägung bringen, daß etwa dem § 152 der CO. die Rücksicht auf ein sittliches oder nationalökonomisches Princip von großer Bedeutung zum Grunde liege oder daß die fernere Gewährung der schon früher entstandenen Competenzeinreden zu einer unzuträglichen Verwirrung des Rechtsverkehrs führen würde (Windscheid Pand. § 32 Not. 6). In letzterer Beziehung komme namentlich in Betracht, daß die schon vor dem 1. Octbr. 1879 in Concurs Gerathenen nur individuell bestimmten einzelnen Gläubigern (denen aus der Zeit vor der Eröffnung ihrer Concurse) die Einrede opponiren könnten. — Die Gründe fahren dann fort:

Bei solcher Sachlage würde eine Zurückbeziehung der bewußten Vorschrift des § 152 der CO. auf schon früher erkannte Concurse nur dann sich rechtfertigen lassen, wenn eine dahin gehende Absicht des Gesetzgebers aus dem Gesetze selbst, allenfalls unter Mitberücksichtigung seiner Motive,

mit voller Bestimmtheit zu entnehmen stände. Allein dieses Letztere kann nicht zugegeben werden. Die Gesetzesworte selbst (§ 152) enthalten nichts Entscheidendes, keinenfalls für die Ansicht der Kläger. Denn eher mag man für die des Beklagten erwägen, daß das Gesetz bei den Worten „Nach der Aufhebung des Concursverfahrens" ein solches Concursverfahren im Sinne hat, welches den Vorschriften der CO., wie sie das zweite Buch derselben enthält, überhaupt unterstellt gewesen und nach diesen Vorschriften regulirt worden ist, nicht auch ein älteres Concursverfahren, auf welches die CO. im Allgemeinen noch keine Anwendung gefunden hat. Nach dem Einführungsgesetz vom 10. Februar 1877 ist nämlich (§ 8) ein vor dem Tage des Inkrafttretens der CO. eröffnetes Concursverfahren nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen. Ohne Grund beschränken die vorigen Richter diese Bestimmung auf das eigentliche Verfahren im Gegensatz zu dem materiellen Concursrecht. Dagegen spricht nicht allein, daß die §§ 9—11 des Einführungsgesetzes auf ein an oder nach dem Tage des Inkrafttretens der CO. eröffnetes Concursverfahren in Betreff gewisser schon in der Vergangenheit liegenden Rechtsgeschäfte solche Bestimmungen der CO. für anwendbar erklären, welche sämmtlich dem im ersten Buche derselben regulirten Concursrecht angehören, daß mithin der Ausdruck „Concursverfahren" anscheinend gleichbedeutend mit Concurs überhaupt dort gebraucht ist, sondern auch die Fassung des zweiten Absatzes im § 8, wo der Landesgesetzgebung vorbehalten wird, die CO. auf die Erledigung der vor dem Inkrafttreten der CO. anhängig gewordenen Concurssachen für anwendbar zu erklären. Da dieser zweite Absatz des § 8 eine gewisse Einschränkung der im ersten Absatz ausgesprochenen Regel enthält, so erscheint die Annahme begründet, daß beide Sätze im Allgemeinen denselben Gegenstand (Concurssachen) im Auge haben, wie denn auch an und für sich gar kein Grund ersichtlich ist, weshalb jene Regel des ersten Satzes nur in Bezug auf das eigentliche Verfahren erlassen sein sollte, welchen Falls es ja an einer das Concursrecht betreffenden Regelvorschrift für die älteren Concurse ganz fehlen würde. So legt auch Hullmann Concursordnung für das deutsche Reich S. 367 dem Inkrafttreten der CO. die Wirkung bei, daß fortan alle Bestimmungen derselben zur Anwendung zu kommen haben, soweit das Gesetz nicht Ausnahmen aufstellt, und bezeichnet als eine Ausnahme von dieser Regel die Bestimmung jenes § 8 über die bereits anhängigen Concurssachen. Daß aber ein Streit wie der hier vorliegende über die Wirkung der Concurseröffnung auf das Verhältniß des Cridars zu seinen bisherigen Gläubigern zu den Concurssachen zu rechnen ist, kann nicht füglich bezweifelt werden.

Mit noch größerer Bestimmtheit besagen dies die Motive zu dem preuß. Ausführungsgesetz zur d. CO. vom 6. März 1879 zum § 37 . . . (s. Struckmann u. Koch die preuß. Ausführungsgesetze S. 336).

Die Deduction des angef. Urtheils aus dem § 4 des Einführungsgesetzes kann man gleichfalls als zutreffend nicht anerkennen. Immerhin mag die daselbst gedachte „Rechtswohlthat der Güterabtretung" das hier fragliche beneficium competentiae bedeuten, und es mag dahinstehen, ob die daselbst ausgesprochene Aufhebung dieser Rechtswohlthat materiell etwas Mehreres enthält als der erste Satz des § 152 der CO. (Letzterer nennt zwar nur die nicht befriedigten Concursgläubiger, nicht auch ausdrücklich solche Gläubiger, welche, wie die Kläger, ihre Forderungen zu dem Concurse nicht angemeldet haben. Indessen der Sprachgebrauch der CO. legt anscheinend für den Ausdruck „Concursgläubiger" kein Gewicht darauf, ob der einzelne Gläubiger zu dem Concurse angemeldet hat oder nicht. Vgl. §§ 2, 178.) Hieraus allein läßt sich aber unmöglich folgern, daß durch die Miterwähnung der Rechtswohlthat der Güterabtretung im § 4 den Bestimmungen der CO. über diese Rechtswohlthat rückwirkende Anwendung auf die älteren Concurse habe beigelegt werden sollen. Nach demselben Recht würde man die gleiche Folgerung bezüglich aller im § einzeln hervorgehobenen Gegenstände ziehen können, dadurch aber mit dem Eingangssatz des § 8, welcher die ex professo gegebenen Uebergangsbestimmungen des Einführungsgesetzes beginnt, sich in Widerspruch setzen.

Die §§ 9 und 10 des Einführungsgesetzes vermögen die von dem Landgericht zu Gunsten der Kläger daraus gezogene Folgerung schon deshalb nicht zu begründen, weil sie lediglich die an oder nach dem Tage des Inkrafttretens der CO. eröffneten Concurse betreffen, mithin nicht geschlossen werden kann, daß, weil für die neueren Concurse nur specielle Bestimmungen zum Schutz einzelner wohlerworbener Rechte erlassen seien, deshalb auch für die älteren Concurse die Anwendung des bisherigen Rechts in keinem weiteren Umfange habe gesichert bleiben sollen, was ja wieder mit dem von den älteren Concursen allein handelnden § 8 nicht im Einklang stehen würde.

Endlich kann den vorigen Richtern auch darin nicht beigepflichtet werden, daß man in der geringeren practischen Bedeutung, welche das beneficium competentiae neben den durch die CPO. eingeführten Executionsbeschränkungen behalten habe, einen weiteren Grund für rückwirkende Kraft seiner Aufhebung finden müsse. Ganz abgesehen davon, daß der Cridar vermöge seiner Competenzeinrede, solange er nicht zu auskömmlichem Vermögen gelangt ist, gegen jede Nachforderungsklage gesichert ist, welche er mit keiner Executionsbeschränkung von sich abwehren kann, so wird auch in den Regierungsmotiven zur Concursordnung Bd. 2 S. 186 wesentliches Gewicht für die Abschaffung jener Rechtswohlthat darauf gelegt, daß der Schuldner durch den von dem Gesetze eingeführten Accord ein besseres Mittel zu seinem Emporkommen als die Wohlthat der Competenz erhalte habe und daß ein anderes Mittel daneben mit dem Institut des Accords

sich nicht vertrage (vgl. auch S. 130 a. a. O.). Wenn hiernach dieses Institut dazu mitbestimmt ist, das beneficium competentiae zu ersetzen, so kann es nicht wohl in der Absicht des Gesetzgebers gefunden werden, daß in einzelnen Concursen der Gemeinschuldner weder des einen noch des andern Hülfsmittels theilhaftig werden solle, zu welchem Resultat doch die Interpretation der Kläger hier hinführen würde, da in dem vor dem 1. Octbr. 1879 erkannten Concurse des Beklagten die Bestimmungen der CO. über den Zwangsvergleich nicht zur Anwendung kommen können. Die Entgegnung der Kläger, daß dem Beklagten in diesem Processe eintretenden Falls doch auch die verstärkten Executionsbeschränkungen der CPO. zu statten kommen würden, daß er deshalb mit den Vortheilen der neuen Gesetzgebung auch deren Nachtheile übernehmen müsse, beachtet nicht, daß die hier in Betracht kommenden Vorgänge eben zwei Zeitabschnitten angehören, welche einer verschiedenen rechtlichen Beurtheilung unterstellt sind, der Proceß lediglich der Zeit nach dem 1. Octbr. 1879, womit unter allen Umständen feststeht, daß auf ihn nur die CPO. in ihrem ganzen Umfange Anwendung findet, der Concurs dagegen der Zeit vor dem 1. Octbr. 1879, so daß dieser der Regel nach, soweit nicht etwa positive Bestimmungen ein Anderes mit sich bringen sollten, der bisherigen Gesetzgebung unterliegt. Alsdann aber ist nichts Unjuristisches darin zu erblicken, daß der Beklagte als Cridar noch nicht auf die neueren Bestimmungen über den Zwangsvergleich, wohl aber auf das bisherige beneficium competentiae einen Anspruch hat, dagegen als Beklagter auch in der Zwangsvollstreckungsinstanz nach den allgemeinen auf diesen Rechtsstreit anzuwendenden, rein processualischen Vorschriften zu beurtheilen gewesen sein würde.

Hiernach enthalten weder die einschlagenden neueren Gesetze noch ihre Motive irgendwie bestimmte Erklärungen oder Hinweisungen zur Rechtfertigung der klägerischen Auslegung. . . .

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 12. März 1880 i. S. Freter w. Fahlbusch wegen Wechselforderung von 320 ℳ. (W.)

---

323. Die Geschäftsvertheilung bei einem mit mehreren Richtern besetzten Amtsgericht ist ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Amtshandlungen des einzelnen Amtsrichters.

Ein amtsgerichtlicher Beschluß war im Beschwerdewege vom LG. wieder aufgehoben worden, weil nicht die civilrechtliche Abtheilung des Amtsgerichts, welche den Beschluß gefaßt hatte, sondern die strafrechtliche Abtheilung zuständig gewesen sei. Das OLG. hob den Beschluß des AG. aus einem andern Grunde auf, und als jetzt die Sache durch „weitere Beschwerde“ ans Reichsgericht gebracht wurde, sprach letzteres u. A. aus:

Dem OLG. ist darin beizustimmen, daß jeder Amtsrichter das Amts
gericht in seiner vollen gerichtsverfassungsmäßigen Zuständigkeit vertritt u
daß die Gültigkeit der Amtshandlungen eines Amtsrichters daher in kei
Weise dadurch berührt wird, daß diese Handlung nach der Geschäftsvertheilu
von einem andern Amtsrichter vorzunehmen gewesen wäre.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 20. März 1880 i. S. C. u
Staatsanwaltschaft zu Wiesbaden. S. oben Nr. 260.

---

324. Sind die bei dem beschwerenden Gericht oder die bei dem Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsanwälte zur Einreichung der Beschwerden befugt?

Vgl. Nr. 250 dieses Bandes.

„Die von dem Beklagten gegen den Beschluß des LG. zu Wiesbade
erhobene sofortige Beschwerde wurde bei diesem Gericht von einem b
demselben zugelassenen Rechtsanwalt durch Einreichung einer von ihm a
Bevollmächtigten des Beklagten unterzeichneten Beschwerdeschrift eingeleg
Das OLG. zu Frankfurt a/M. verwarf die Beschwerde durch Beschluß vo
26. Januar 1880 als unzulässig, weil zur Einreichung der für das OL
bestimmten Beschwerdeschrift nur ein bei diesem Gericht zugelassener Rechts
anwalt befugt gewesen wäre. Die hiergegen an das Reichsgericht gerichte
weitere Beschwerde ist sowohl für zulässig als für begründet zu erachten
Es ist zwar von einem Civilsenat des Reichsgerichts durch Beschluß vo
29. December 1879 in Sachen Schippang u. Co. wider Grüne ebens
entschieden worden, wie im vorliegenden Fall von dem OLG. Dagege
sind die vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts, an welche die Sach
gemäß § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes verwiesen worden ist, de
Ansicht, daß in den Fällen, in welchen die Einlegung der Beschwerde durc
einen Rechtsanwalt überhaupt erforderlich ist, das Rechtsmittel der Beschwerd
gesetzmäßig eingelegt erscheint, wenn die Beschwerdeschrift bei dem Gerich
gegen dessen Entscheidung Beschwerde erhoben wird, durch einen bei dieses
Gericht zugelassenen Rechtsanwalt, oder bei dem Beschwerdegericht — sowe
die Beschwerde hier eingelegt werden kann — durch einen bei letzterem
Gericht zugelassenen Rechtsanwalt eingereicht worden ist.

Die Entscheidung der Frage, welche Rechtsanwälte befugt seien, al
Bevollmächtigte der beschwerdeführenden Partei die Beschwerdeschrift ein
zureichen, ist nicht aus den Vorschriften über die Förmlichkeiten des Rechts
mittels der Beschwerde (§§ 530 ff. der CPO.), sondern aus den auf Proces
handlungen überhaupt bezüglichen Vorschriften über die Nöthigung de
Parteien, sich durch Rechtsanwälte als Bevollmächtigte vertreten zu lass

(§ 74 der CPO.), und die Befugniß der Rechtsanwälte zu solcher Vertretung (§ 27 der Rechtsanwaltsordnung) zu entnehmen. Nach diesen Vorschriften sind die Parteien befugt und genöthigt, soweit der Anwaltszwang reicht, auch zur Einreichung der Beschwerdeschrift behufs Einlegung des Rechtsmittels der Beschwerde sich eines bei dem Proceßgericht zugelassenen Rechtsanwalts zu bedienen. Als Proceßgericht im Sinne des § 74 der CPO. erscheint dasjenige Gericht, bei welchem der Proceß anhängig oder durch die vorzunehmende Handlung anhängig zu machen ist. Sind aber verschiedene Abschnitte desselben Processes bei verschiedenen Gerichten zu erledigen, so kann bezüglich jeder einzelnen Proceßhandlung nur dasjenige Gericht, vor welches diese Handlung gehört, als das Proceßgericht im Sinne des § 74 angesehen werden. Daher erscheint bezüglich der Einlegung der Beschwerde, welche nach §§ 532, 540 Abs. 2 der CPO. bald bei dem Gericht, gegen dessen Entscheidung Beschwerde geführt wird, bald bei dem Beschwerdegericht stattfindet, entweder das erstere oder das letztere als Proceßgericht, je nachdem die Beschwerde hier oder dort eingelegt wird. Hieraus ergiebt sich, daß die Beschwerdeschrift im ersteren Fall von einem bei dem beschwerenden Gericht, im anderen Fall von einem bei dem Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsanwalt einzureichen ist.

Anders würde man entscheiden müssen, wenn das erstgedachte Gericht die Beschwerdeschrift nur anstatt des Beschwerdegerichts, als dessen Organ, für letzteres entgegenzunehmen und weiter zu befördern hätte. Unter dieser Voraussetzung würde die Annahme gerechtfertigt sein, daß die Einreichung bei dem beschwerenden Gericht nichts Anderes sei als eine Einreichung bei dem Beschwerdegericht, mithin auch nur durch einen bei letzterem zugelassenen Rechtsanwalt erfolgen könne. In dieser Weise aber hat die CPO. die Stellung des Gerichts, gegen dessen Entscheidung Beschwerde erhoben wird, nicht bestimmt. Insbesondere geht aus der Vorschrift des § 534, wonach dasselbe die bei ihm eingelegte Beschwerde zu prüfen, der für begründet erachteten Beschwerde selbst abzuhelfen und nur die von ihm für unbegründet erachteten Beschwerden dem Beschwerdegericht vorzulegen hat, mit Bestimmtheit hervor, daß ersteres Gericht die Beschwerde in eigenem Namen und vermöge seiner gesetzlich bestimmten Zuständigkeit, nicht aber in Vertretung des Beschwerdegerichts für letzteres entgegennimmt. Ist dem Gericht, gegen dessen Entscheidung Beschwerde erhoben wird, diese Stellung in Beziehung auf die Beschwerde überhaupt zugewiesen, so nimmt es dieselbe auch bei der nur als Unterart der Beschwerde erscheinenden sofortigen Beschwerde ein, obgleich der besondere aus § 534 zu entnehmende Grund nach § 540 Abs. 3 bei der sofortigen Beschwerde nicht zutrifft.

Ein Bedenken gegen die im Vorstehenden begründete, auch in der Literatur nicht unvertretene Ansicht (vgl. H. Meyer Anleitung zur Proceßpraxis nach der CPO. S. VI, 99, 206) könnte daraus entnommen werden,

daß die Motive zu §§ 508—510 des Entwurfs der CPO. davon auszugehen scheinen, daß die Beschwerdeschrift als für das Beschwerdegericht bestimmt von einem bei letzterem zugelassenen Anwalt eingereicht werden müsse. Sie bemerken:

> „Die Beschwerde wird nach § 508 Abs. 2 entweder durch eine Beschwerdeschrift oder in den dort zugelassenen Fällen zum Protocoll des Gerichtsschreibers eingelegt. Ersternfalls ist die Beschwerdeschrift — weil für das Beschwerdegericht, also für ein Gericht höherer Ordnung bestimmt — nach der allgemeinen Regel des § 72 (Norddeutsche Protocolle III. S. 1560) eine Anwaltsschrift."

Es ist indessen dieser Bemerkung ein erhebliches Gewicht um so weniger beizulegen, da dieselbe nur davon handelt, ob die Beschwerdeschrift von einem Rechtsanwalt einzureichen sei, nicht aber von der hier zu entscheidenden Frage, welche Rechtsanwälte zur Einreichung derselben befugt seien, und da ferner dieselbe auch in Betreff der ersteren Frage ungenau ist, indem man eine in den Verhandlungen über den sogenannten norddeutschen Entwurf der CPO. vorkommende und nach den Bestimmungen dieses Entwurfs über die Beschwerde in amtsgerichtlichen Sachen zutreffende Bemerkung unverändert in die Motive des dem Reichstage vorgelegten Entwurfs aufgenommen hat, obgleich sie nach den Bestimmungen des letzteren Entwurfs bezüglich der Beschwerde in amtsgerichtlichen Sachen nicht zutrifft.

Andrerseits ergiebt sich eine Unterstützung der hier gebilligten Ansicht aus § 41 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, welcher bestimmt, daß in der Instanz der an eine Nothfrist nicht gebundenen Beschwerde dem Rechtsanwalt die Proceßgebühr nicht zusteht, wenn ihm dieselbe in der Instanz zustand, in welcher die angefochtene Entscheidung ergangen ist. Es ist nicht anzunehmen, daß bei der hieraus ersichtlichen Unterstellung der Möglichkeit eines Handelns des beim beschwerenden Gericht zugelassenen Rechtsanwalts in der Beschwerdeinstanz ausschließlich an die selteneren Fälle gedacht worden sei, in welchen ein bei dem Beschwerdegericht zugelassener Rechtsanwalt bei dem Gericht, gegen dessen Entscheidung Beschwerde erhoben ist, gehandelt und Proceßgebühr zu fordern hat, wie es z. B. im amtsgerichtlichen Verfahren und in den Fällen der §§ 10 und 11 der Rechtsanwaltsordnung vorkommen kann. Ist der § 41 aber auf diese Fälle nicht beschränkt, so ergiebt sich daraus ein gesetzliches Anerkenntniß der Möglichkeit, daß der beim beschwerenden Gericht zugelassene Rechtsanwalt, welcher in der Instanz gehandelt hat, in welcher die angefochtene Entscheidung ergangen ist, auch in der Beschwerdeinstanz handelt, obwohl er beim Beschwerdegericht nicht zugelassen ist.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß auch in solchen Fällen, in welchen nach den Reichsgesetzen die Berufung bei dem Gericht 1. Instanz durch Einreichung einer Berufungsschrift einzulegen ist, nämlich in Consularsachen nach § 20 des Reichsgesetzes vom 10. Juli 1879 und in Patent-

en nach § 32 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 in Verbindung mit 4 der kaiserlichen Verordnung vom 1. Mai 1878, die Einreichung der ufungsschrift durch einen bei dem Berufungsgericht zugelassenen Rechtsalt nicht verlangt wird."

Beschluß der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts v. 29. April 1880 in der Sache Conradi u. Consmüller w. Häuser. (Wck.)

---

25. Klage auf den Kaufpreis. Die Behauptung, daß die Waare in Commission geliefert sei, enthält nur ein Leugnen des Klaggrundes.

Beklagte stellt den Empfang und die Annahme der Waaren nicht in rede, behauptet vielmehr nur, daß ihr dieselben commissionsweise, und t käuflich, geliefert worden seien. Vermag nun Kläger die vorangegangene fliche Bestellung nicht zu erweisen, so wird die bloße Thatsache der ferung und der Annahme von Waaren die Klage nicht aufrecht erhalten nen; denn Lieferung und Annahme könnten auch commissionsweise erfolgt . . . Die Behauptung der Beklagten, die Bestellung sei nicht kaufweise, dern zu Commission erfolgt, enthält lediglich eine Negation der den ggrund bildenden Thatsachen.

rk. des gemeinsch. thüring. OLG. zu Jena (1. Sen.) v. 22. Decbr. 1879 in einer rudolstädter Sache. (Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen u. Anhalt Bd. 27 S. 113).

---

26. Auslegung eines Erkenntnisses aus den Entscheidungsgründen.

Vgl. Bd. 26 Nr. 80 u. d. dort. Nachw.

„Der Appell.-Richter hat angenommen, daß der Tenor des Urtels 18. Septbr. 1878, nach welchem der Widerbeklagte, jetzt Provocant, schuldig erklärt ist, „„das dem Widerkläger, jetzt Provocaten, in Tausch ebene Pferd zurückzunehmen und demselben dafür ein anderes Pferd, hes gut laufen kann, zu liefern, oder 1200 M. zu zahlen"" klar, und n auszulegen sei, daß Widerkläger, falls der Gegner des ihm zustehenden lrechts verlustig gegangen sei, unbedingt 1200 M. zu fordern berechtigt er führt ferner aus, daß es auf die dem widersprechenden Gründe des ls nicht ankomme, sowie daß der Verlust des Wahlrechts, weil Provant nicht dem an ihn ergangenen Mandat nachgekommen, eingetreten und deshalb die Execution wegen Zahlung von 1200 M. von dem er mit Recht beantragt und verfügt worden sei.

Diese Grundsätze sind vom Provocanten als die Grundsätze von der tskraft der Urtel und den § 9 der Executionsordnung vom 4. März 4 verletzend angegriffen, und der Angriff ist auch begründet.

Die Feststellung, daß der Schuldner das Eine oder das Andere leisten habe, besagt in dieser Beschränkung nur, daß derselbe nur Eines v Beiden zu leisten habe; sie enthält also an und für sich keinen klaren A spruch, welches dies Eine sei; der hierüber bestimmende Grund be vielmehr in dem zwischen den Parteien obwaltenden obligatorischen B hältniß und dessen gesetzlichen Wirkungen, insbesondere in dem durch solches Verhältniß begründeten Wahlrecht des Gläubigers oder Schuldn oder in der Befugniß des Letzteren, die geschuldete eine Leistung durch andere zu ersetzen, in den Folgen der Ausübung oder Nichtausübung di Rechte, oder in der eingetretenen Unmöglichkeit oder Nichterzwingbar einer Leistung. Bei der Execution eines derartigen Urtelsausspru läßt sich daher im Streitfall ein Zurückgehen auf das Rechtsverhältniß auf die Urtelsgründe nicht vermeiden; dasselbe ist nothwendig, um eigentliche Bedeutung des Ausspruchs zu ermitteln. Nun ist in den Grü der erwähnten Entscheidung ausdrücklich bemerkt, daß der Widerbell zwar eine übernommene Tauschverpflichtung durch Lieferung eines laufenden Pferdes zu erfüllen habe, der Widerkläger aber einen Alterna antrag gestellt habe, auf den zu erkennen gewesen sei, der jedoch eb wenig wie der erkannte Urtelstenor so gedeutet werden dürfe, als falls der Widerbeklagte der Tauschverpflichtung nicht genü der Gegner 1200 M. zahlen müsse, sondern nur so, daß dem Widerbekla lediglich zu seinen Gunsten nachgelassen werden solle, sich von der Tau verpflichtung durch Zahlung von 1200 M. zu befreien, Widerkläger, falls es zur Liquidirung seines Interesses kom möchte, den Interesseanspruch, der aber 1200 M. nicht übersteigen dü zu begründen habe. Hiernach hat der betreffende Urtelsausspruch n die Bedeutung der Anerkennung einer sich auf mehrere Gegenstände beziehe Wahlobligation des Schuldners (§ 274 I. 5 allgem. Landrecht), bei in der Execution die Wahl auf den Gläubiger übergeht, und auch n die der Feststellung des eventuellen Interesses des Gläubigers an Haupt- oder Gesammtleistung, sondern diejenige der Feststellung der Ta verpflichtung und der Befugniß des Schuldners, sich durch eine Zah von derselben zu befreien.

Die angegriffene Entscheidung beruht auf abweichender Beurthei der Wirkung des Urtels und ist deshalb zu vernichten.

In der Sache selbst war auf Einstellung der Execution zu kennen." . . .

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 19. Juni 1880 in der pr (landrechtl.) Sache Hochfeld w. Halbrock. (We

327. Einwand der vertragswidrigen Ausfüllung eines Wechselblanketts: Beweislast.

Vgl. Bd. 24 Nr. 149; Bd. 30 Nr. 287. (Vgl. auch oben Nr. 73.)

S. klagte gegen B. eine Wechselforderung von 4500 M. unter Vorlage der von diesem unterschriebenen Wechselurkunde ein. Verklagter erwiderte, er sei dem Kläger aus verschiedenen Darlehen 500 M. schuldig geworden und habe auf Veranlassung des Klägers ein Wechselblankett unterschrieben, in welches derselbe die 500 M. einzutragen versprochen habe. Einen auf 4500 M. lautenden Wechsel habe er nicht unterschrieben. Kläger bestritt dieses Vorbringen als unwahr. Ueber die Beweislast äußern sich die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe wie folgt:

Selbst dann, wenn Verklagter unter Anerkennung seines Accepts bestritten hätte, daß der Wechsel zur Zeit der Acceptserklärung den gegenwärtigen Inhalt gehabt habe, indem der damalige Inhalt des Wechsels nachher ohne seine Einwilligung zu seinem Nachtheil verändert worden sei, würde nach der Rechtsprechung des ROHG. (vgl. Entsch. Bd. 11 S. 30, 31) dem Verklagten der Beweis dieser Behauptung obliegen, obgleich dieselbe eine Ableugnung des Klaggrundes in sich schließt; gegenüber der Wechselurkunde, welche den Beweis des Klaggrundes erbringt, enthält die Behauptung einer Fälschung derselben eine vom Verklagten zu erweisende Beweiseinrede. Um so mehr trifft die Beweislast den Verklagten im vorliegenden Fall, da seine Behauptungen eine Ableugnung des Klaggrundes nicht enthalten. Daß er durch Ausstellung und Aushändigung des auf dem Klagwechsel befindlichen Accepts einen Wechselvertrag mit dem Kläger geschlossen, stellt Verklagter nicht in Abrede. Er bestreitet nur, daß derselbe so zu Stande gekommen, wie Kläger behauptet, nämlich dadurch, daß ein die Wechselsumme bereits enthaltender Wechsel ihm zum Accept vorgelegt und von ihm acceptirt worden sei. Indem er aber zugiebt, daß ihm ein Wechselblankett vom Kläger zur Annahme vorgelegt und mit dem Accept versehen von ihm dem Kläger zurückgegeben wurde, räumt er den Abschluß eines auf diese Weise zu Stande gekommenen Wechselvertrags ein. Ob der Abschluß desselben in der vom Kläger oder in der vom Verklagten angegebenen Weise erfolgte, ist in Ansehung der Klagbegründung gleichgültig, weil die Wechselklage in beiden Fällen gleichmäßig begründet und urkundlich bewiesen ist. Dies gilt auch dann, wenn der Kläger bei Ausfüllung der Wechselsumme wider die bei Ausstellung des Blancoaccepts getroffene Vereinbarung gehandelt haben sollte. Denn wenn auch die Ausstellung eines solchen Accepts in der Voraussetzung und vertrauensvollen Erwartung geschieht, daß das Blankett so wie verabredet ausgefüllt werde, so muß doch das Wechselversprechen des Acceptanten, sofern die Wechselurkunde keinen Ausdruck dieser Voraussetzung enthält, so

verstanden werden, daß er sich zur Zahlung nach Maßgabe des Inhalts des Wechsels verpflichtet. Die bei Ausstellung des Blancoaccepts getroffene Verabredung über die Ausfüllung des Blanketts bildet nur die Veranlassung, keinen Theil, des Wechselvertrags, dessen Inhalt lediglich in der Wechselurkunde seinen Ausdruck findet. Daher liegt demjenigen, der auf Grund eines solchen Accepts klagt, nicht ob, die Uebereinstimmung des ausgefüllten Wechsels mit der bezüglich der Ausfüllung getroffenen Abrede zu beweisen. Vielmehr genügt zur Begründung der Klage die Vorlegung des den formellen Erfordernissen des Wechselrechts entsprechenden Accepts, und es ist, wenn eine abredewidrige Ausfüllung des Wechsels stattgefunden hat, der Verklagte auf eine von ihm zu beweisende, nur in den Schranken des Art. 82 der WO. zulässige Einrede beschränkt (vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 21 S. 326 und die daselbst angeführten älteren Erkenntnisse).

Erk. des ROHG. zu Leipzig v. 7. Febr. 1879. Heuser Annalen Bd. 24 S. 166 ff. (X.)

---

328. Unstatthaftigkeit weiterer Beschwerde gemäß § 531 der d. CPO., wenn von den Entscheidungen der Vorinstanzen duae conformes sind, möge auch die in der Mitte liegende Entscheidung difform sein.

Vgl. Bd. 35 Nr. 259, 260.

Ein Antrag auf Pfändung einer Forderung des Schuldners war vom AG. auf Grund der Vorschrift des § 749 Ziff. 3 der CPO. abgewiesen worden. Das mit Beschwerde des Antragstellers angegangene LG. gab der Beschwerde statt, weil es einen Fall des § 749 Ziff. 3 a. a. O. nicht gegeben erachtete, und verfügte die Pfändung. In Folge der hiergegen von dem angegriffenen Schuldner eingelegten Beschwerde beschloß das OLG. in Abänderung des landgerichtlichen Beschlusses, daß der amtsgerichtliche Beschluß im Wesentlichen aus den demselben beigefügten Gründen wieder herzustellen sei. Die gegen diesen Beschluß von dem Antragsteller ergriffene weitere Beschwerde an das oberste Landesgericht wurde von diesem als unstatthaft zurückgewiesen, aus folgenden Erwägungen:

Nach § 531 Abs. 2 der CPO. findet gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts eine weitere Beschwerde nur dann statt, wenn in derselben ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. Diese Voraussetzung ist für die angefochtene Entscheidung des OLG. nicht gegeben.

Für die vom Kläger gegen die Entscheidung des AG. ergriffene Beschwerde lag der Grund in der unter Anwendung des § 749 Ziff. 3 der CPO. beschlossenen Zurückweisung seines Gesuches um Pfändung der dem Schuldner zustehenden Leibrente. Denselben Beschwerdegrund macht Kläger jetzt gegen die von der gleichen gesetzlichen Begründung ausgehende Entscheidung des OLG. geltend. Nachdem diese letztere die vom Kläger über

weisung seines Pfändungsgesuches geführte Beschwerde als unbegründet annen läßt, ist dieser nach dem Wortlaut des § 531 cit. nicht berechtigt, e wiederholte Prüfung der That- und Rechtsfrage, welche schon einmal genstand seiner Beschwerde war, zu verlangen.

Die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesstelle rechtfertigt den Satz, daß Rechtsmittel der Beschwerde gegen zwei conforme Entscheidungen nicht stfindet, also überall da ausgeschlossen ist, wo über denselben Streitpunct imal zu Ungunsten des Beschwerdeführers erkannt worden ist. In den tiven zu § 507 des Entwurfs, entsprechend dem § 531 des Gesetzes, gesagt, daß die hier in Ansehung der Beschwerde getroffene Vorschrift Ausschließung der Revision gegen gleichlautende Urtheile der unteren anzen entspreche. Während nun diese Bestimmung bei der Revision ch Beschluß der Reichsjustizcommission beseitigt wurde, blieb dieselbe bei Beschwerde aufrecht erhalten (vgl. Verh. des Reichstags 2. Leg.-Per. Sess. 1874—1875 Bd. 3 S. 526 ff.).

Solche conforme Entscheidungen bilden hier jene des AG. und des G. Unerheblich ist, daß eine difforme Entscheidung zwischen den beiden formen liegt; denn der Grund der Unzulässigkeit der Beschwerde, nämlich Vorliegen zweier conformen gegen den Beschwerdeführer lautenden Entidungen, wird durch das Inmitteliegen einer ihm günstigen nicht alterirt.

In diesem Sinn haben von den Commentatoren der d. CPO. insndere Seuffert zu § 531 Not. 6, Puchelt Not. 6, Petersen t. 2, dann Völderndorff in Busch Zeitschrift Bd. 1 S. 23, auch tting ebenda Bd. 2 S. 295 sich geäußert, und in gleichem Sinn hat auch das Reichsgericht in den veröffentlichten Entscheidungen Bd. 1 . 81[1]), 84 und 86[2]) ausgesprochen.

eschluß des obersten LG. f. Bayern v. 2. Juli 1880. HV. Nr. II. 3/1880.

(v. L.)

---

329. Zwangsvergleich; Betheiligung bevorzugter Gläubiger an demselben[3]).

Vgl. Bd. 32 Nr. 201 u. d. dort. Nachw.

In einem Accordverfahren hatten vier Geschwister des Gemeinschuldners, deren angemeldete Ansprüche Vorzugsrechte geltend gemacht waren, verzt, bei der Abstimmung über den Accord — welcher, wenn sie zugen worden wären, als erreicht hätte angesehen werden müssen — mitgezählt werden, und zu diesem Zwecke zwar auf ihre Vorzugsrechte verzichtet, r mit der Erklärung, daß sie auf dieselben nur in der Voraussetzung,

[1]) Abgedruckt in diesem Bande Nr. 259.
[2]) Desgleichen Nr. 260.
[3]) Vgl. d. CO. §§ 160, 166, 168, 178.

daß der beantragte Nachlaßvertrag zu Stande kommen werde, geleistet haben wollten. In der Entscheidung 3. Instanz heißt es

„Eine solche Verzichtleistung ad hoc ist unstatthaft. Der wei Zwang, dem die „einfachen chirographarischen Gläubiger" des § braunschw. CPO. von 1850 durch Majorisirung unterworfen ist überhaupt nur verständlich und zu rechtfertigen, wenn bei stimmung ausschließlich solche Gläubiger, welche gleiche Rechte un gleiche Interessen haben, berücksichtigt werden. Das Accordverfah schränkt sich somit schon seiner Natur nach auf diese bestimmte K von Gläubigern und würde durchaus illusorisch gemacht werden, we bevorzugten Gläubigern, sei es im Interesse des Gemeinschuldners, — also durch Erklärung gegen den vorgeschlagenen Nachlaß — im der demselben abgeneigten Creditoren, Einfluß auf die Abstimmu räumen, die Entscheidung also von anderen Rücksichten, als welch der Absicht des Gesetzgebers dabei maßgebend sein sollen, abhängig wollte. Es mag — obwohl auch dies nicht unbedenklich ist (Se Archiv Bd. 17 Nr. 196) — zulässig sein, daß bevorzugte, insb Pfandgläubiger, welche unter definitiver Verzichtleistung auf ih rechte sich mit dem den Buchgläubigern gebotenen Procentsatze b wollen, unter besonderen Umständen, insbesondere wenn bei der proposition und bei deren Sicherstellung hierauf schon Rücksicht ge ist, auch jede Collusion mit dem Gemeinschuldner ausgeschlossen e bei der Stimmabgabe berücksichtigt werden:

arg. fr. 58 § 1 mand. 17. 1; Heffter im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 10 braunschw. Zeitschrift f. Rechtspflege Bd. 21 S. 111 ff.;

auch kann es zugegeben werden, daß Pfandgläubiger, wenn sie üb keine oder soweit sie keine Befriedigung aus ihrem Pfande zu e haben, wegen ihrer persönlichen Forderung an den Accordprop gleich den Buchgläubigern sich beim Accordverfahren betheiligen (Entsch. des ROHG. Bd. 20 S. 140 ff.; Seuffert Archiv Nr. 201); allein keiner dieser Fälle liegt hier vor. Aber auch Rücksicht erscheint das Sicheindrängen von bevorzugten Gläubigern die Buchgläubiger unstatthaft, als dadurch derjenige Status, auf die nur die Buchgläubiger betreffende Accordproposition und insb die Uebernahme der Bürgschaft für die Zahlung der versprochenen P beruht und dessen Aufstellung in der öffentlichen Bekanntmachung maßlich auf die Stimmgebung mancher Gläubiger von Einfluß ist, wesentlich verändert werden würde.

Die Anmeldungen der Geschwister des Gemeinschuldners sind bei der Berechnung . . . außer Rücksicht zu lassen."

Erk. des OLG. (1. Sen.) zu Braunschweig v. 2. April 188 das Lunde'sche Debitwesen betr.

Register

über

fünfunddreißigsten Band des Archivs für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

(Die Zahlen bedeuten den Platz in der Aufeinanderfolge, die Nummer.)

I. Civilrecht.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Lehren.

Hauptstück 1. Rechtsquellen.

I. Gesetzeskunde. Stellung des Richters bei der Anwendung ausländischen [illegible]. 253.

II. Anwendung und Auslegung der Gesetze. Die dem Verletzten günstigeren [illegible]immungen des Landesrechts bleiben neben dem Entschädigungsanspruch aus § 3 des [illegible]shaftpflichtgesetzes v. 7. Juni 1871 anwendbar. 29.

III. Hergebrachtes Recht, Herkommen, Gerichtsgebrauch. 1. Schullast [illegible]herkömmlicher Leistung. 48. — 2. Form der sog. Testamentsschedeln; Gerichts[illegible]uch. 299.

IV. Autonomie. Schranken der Privatautonomie in der Begründung von Losungs[illegible]nacts-) Rechten. 144.

V. Zeitliche Grenzen der Wirksamkeit eines Gesetzes s. unter Civil[illegible]ß 1. Hauptst. Ziff. 1, 2.

VI. Statutencollision. 1. Stellung des Richters bei der Anwendung aus[illegible]chen Rechts. 253. — 2. Statutencollision bei der Klagverjährung. 87. 88. — 3. Das [illegible]e Recht des Zahlungsgeschäfts entscheidet auch über die Verpflichtung zur Zahlung [illegible]erzugs- bzw. Proceßzinsen. 1. — 4. Formale Gültigkeit eines Schenkungsvertrages [illegible]m Abwesenden. 89. — 5. Ist das Recht auf Erwerbung einer dem Gemeinschuldner [illegible]ten Erbschaft nach dem am Wohnsitz bzw. Concursgerichtsstand des Delaten geltenden [illegible], oder nach dem Recht am Ort der eröffneten Erbschaft zu beurtheilen? 90.

Hauptstück 2. Von den Rechten und deren Verfolgung.

I. Allgemeine Rechtsregeln. 1. Rechtsausübung aus Chicane. 273. — [illegible]ebergang der exc. rei iud. und lit. pend. auf solche Singularsuccessoren, welche lite [illegible]nte erworben haben. 252.

II. Präjudicialklagen. 1. Feststellungsklagen; subsidiäre Natur derselben. 175. — [illegible]lage auf Anerkennung der Cession seitens des einen Forderungsprätendenten gegen den

anderen. 89. 111. — 3. Klage eines Handelsgesellschafters gegen den anderen auf
erkennung einzelner streitiger Ansprüche nach Auflösung der Gesellschaft, vor Beend
der Liquidation. 149. — 4. Voraussetzungen der Klage auf Anerkennung der Vate
und auf Alimentirung eines während der Ehe gebornen Kindes gegen einen Dritten.

III. Verjährung von Klagen und Rechten. 1. Statutencollision bei
Klagverjährung. 87. 88. — 2. Verhältniß der ädilitischen Klagen zur Contracts
Verjährung. 108. — 3. Verjährung der Schadensersatzansprüche aus dem Reichshaftpf
gesetz. 130. — 4. Verjährung der Syndicatsklage; Nativität; Nichtkenntniß der verletz
Handlung ist einflußlos. 264. — 5. Verjährung der Klage gegen die Gesellschafter (Art.
des HGB.) setzt Eintragung der Auflösung der Gesellschaft ꝛc. ins Handelsregister vor
306. — 6. Die kurze Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter nach Art. 1
des HGB. gilt nicht im Fall der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch Gesellsch
concurs. 54. — 7. Die Verjährung aus Art. 386 des HGB. findet nicht Anwend
wenn die Güter dem Spediteur nur zur Aufbewahrung übergeben waren. 65. — 8.
Verjährung, insbesondere der Wechselklage, wird nur unterbrochen durch eine Klage b
zuständigen Gericht. 265. — 9. Die dem Aussteller eines eigenen Wechsels über die
jährungszeit hinaus gewährte Prolongation vernichtet nicht die Verjährungseinrede
nicht zugezogenen Bürgen. 244. — 10. Fristen in Versicherungsverträgen sind keine
kürzungen der Klagverjährungsfrist. 92.

IV. Retentionsrecht. 1. Umfang des Pfandrechts des Vermiethers am e
brachten Hausrath. 8. — 2. Ueber den Satz, daß der Schuldner die Zahlung bis
Quittungsertheilung zurückhalten kann; Unanwendbarkeit desselben auf die Bewilligung
Löschung in Hypothekenbüchern. 18. — 3. Zahlung der Sparkasseneinlage gegen Rück
des Sparkassenbuchs. 17. — 4. Zeitpunct für Geltendmachung von Retentionseinreden
Erbschaftsstreit. 140 a. E. — S. unter VI.

V. Cautionen. Cautionen des coniux binub. den Kindern 1. Ehe gegenüber.

VI. Selbsthülfe. Decr. D. Marci nicht zu beziehen auf eigenmächtige Retention.

VII. Restitution. 1. Versagte Restitution gegen einen Vergleich wegen schl
Verletzung. 91. — 2. Restitution gegen eine im Versicherungsvertrage vereinbarte Fr
92. — 3. Restitution wegen Minderjährigkeit wird nicht ausgeschlossen durch den Schade
ersatzanspruch gegen den Vormund; ist gegen einen andern Privilegirten statthaft, w
es sich für diesen nur um Einbuße eines Vortheils handelt. 266.

Hauptstück 3. Von den Personen.

I. Von den natürlichen Personen. 1. Ehelichkeit eines Kindes. 267.
2. Keine Vermuthung für die Fortdauer des Lebens eines Verschollenen. 177. — 3.
stitution wegen Minderjährigkeit; gegenüber einem Gleichbevorrechtigten. 266. — 4. Die
auf richterliche Ergänzung der elterlichen Einwilligung in die Ehe der Kinder steht
dem Reichsgesetz v. 6. Febr. 1875 § 32 nur großjährigen Kindern zu. 34.

II. Von den juristischen Personen. 1. Staatsgenehmigung als Erfordern
juristischer Persönlichkeit. 93. — 2. Aquilische Klage gegen eine juristische Person. 25. 267.
3. Rechtliche Natur der Actiengesellschaften. 55. 56. — 4. Berechtigung einer
getragenen Genossenschaft zur Geltendmachung der von dem früheren in die Gen
schaft übergeleiteten Personenverein erworbenen Forderungen. 268. — 5. Beschlüsse
eingetragenen Genossenschaft über die Bilanz unterliegen nicht der Nachprüfung des Pr
richters. 2. — 6. Haftung des Genossenschafters aus Wechselverbindlichkeiten des
standes. 178. — 7. Verbindlichkeit des ausgeschiedenen Genossenschafters zur Zurü
seines Genossenschaftsbuchs bei Empfangnahme seines Geschäftsantheils. 16. — 8.
Genossenschaft kann nach § 39 des Gesetzes v. 4. Juli 1868 die Auszahlung des Gesch
antheils eines ausgeschiedenen Genossenschafters nur ablehnen, wenn sie binnen 3 Mo

dem Ausscheiden ihre Auflösung beschließt und liquidirt; spätere Beschlüsse der Generalversammlung und Vermögensveränderungen sind für den Ausgeschiedenen unverbindlich. 179. — 9. Rechte der Realgemeinde und der einzelnen Mitglieder an der Allmende. Theilbeschlüsse über die Rechte der einzelnen Mitglieder als solcher. 95. — 10. Die Befugung an der Allmende ist durch Reihemannschaft bedingt. 180. — 11. Besitzstörungsklage gegen eine Gemeinde. 181. — 12. Vermächtniß an eine gemeinnützige Privatanstalt. 93.

Hauptstück 4. Von den Sachen.

1. Städtisches Eigenthum ist der ordentlichen Ersitzung nicht entzogen. 100. — Anwendung der Grundsätze vom alveus derel. auf künstlich trocken gelegte Flußbette. 101. — 3. Bildet ein Composthaufen eine selbständige, vom Grund und Boden getrennte und für sich vindicirbare Mobilie? 96. — 4. Besitz- und Eigenthumserwerb an Früchten auf dem Halm. 274. — 5. Verkauf von Bäumen auf dem Stock zum Zweck der Fällung ist Kauf beweglicher Sachen. 275. — 6. Begriff der Gattungsverschiedenheit. 60. — 7. Genus- oder Speciescauf? 116.

Hauptstück 5. Von den Handlungen.

I. Mängel der Willensbestimmung. 1. Die Ungültigkeit einer vertragsmäßigen Befreiung von der Haftung für *dolus* erstreckt sich nicht auf die Ablehnung der Haftung für Handlungen von Hülfspersonen. 97. — 2. Actio doli, wenn der Schuldner trotz dem Purificationserkenntniß in der irrthümlichen Annahme, daß er pure verurtheilt gezahlt hat. 214. — 3. Dolose Cession einer dem Hauptschuldner gegen den Bürgen stehenden Forderung an den Gläubiger. 114. — 4. Rescission eines Hauskaufs wegen actio causam dans, gestützt auf das Verschweigen erheblicher Baumängel. 107. — 5. Wegfall der Einrede der Vorausklagung wegen arglistigen Ableugnens der Bürgschaft. 122. — Anfechtung der vertragsmäßigen Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft wegen Irrthums durch Verschweigung von Thatsachen. 254. — 7. Dolose Ausfüllung eines Wechselblanketts. 73. 327. — 8. Irrthümliche Aushändigung der Waare an den ursprünglichen Destinatär durch den Frachtführer nach Revocation des Auftrags durch den Absender. 327. — 9. Ernstlichkeit der Willenserklärung. 269.

II. Willenserklärung. 1. Die Annahme einer Vertragsofferte unter Hinzufügung einer Modalität enthält eine neue Vertragsofferte. 270. — 2. Stillschweigende Servitutbestellung. 278. — 3. Liegt eine stillschweigende Entlassung des Schuldners darin, daß der Gläubiger von dem Uebernehmer der Schuld Zinsen annimmt und ihm kündigt? 271. — Perfection einer Schenkung zwischen Abwesenden. 89. — 5. Stillschweigender Verzicht auf mittlere Art und Güte der Waare? 116. — 6. Kauf auf Probe; Genehmigung durch Schweigen; bedarf es einer vorgängigen Aufforderung des Käufers zur Erklärung? 116. — 7. Kann der Verkäufer den gesetzlichen Erfüllungsort für die Zahlung durch die Clausel „zahlbar hier“ in der Factura einseitig abändern? 311. — 8. Die vorbehaltlose Annahme einer verspäteten Lieferung enthält an sich keinen Verzicht auf den Schadensersatzanspruch wegen der Verspätung. 313.

III. Stellvertretung bei Rechtsgeschäften. 1. Haftung des Pseudostellvertreters seinem Mitcontrahenten gegenüber. 117. — 2. Ausstellung eines Sparkassenbuchs auf den Namen eines Dritten zeigt an sich keine Belegung des Geldes als Stellvertreter für Dritten an. 17. — 3. Geht bei einem Distanzgeschäft durch Aushändigung der Waare an den Frachtführer das Eigenthum auf den Käufer über? 238.

IV. Form der Rechtsgeschäfte. 1. Form der im Voraus bestätigten Codicille. — 2. Zur Auslegung der Vorschrift des Art. 317 des HGB., betr. die Formlosigkeit der Handelsgeschäfte. 310.

V. Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. Die Annahme einer Vertragsofferte unter Hinzufügung einer Modalität enthält eine neue Vertragsofferte. 270.

VI. Anfechtung und Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte. 1. Anfechtung d Novation wegen Ungültigkeit des früheren Schuldverhältnisses. 113. — 2. Anfechtung d dolosen Cession. 114. — 3. Klage des Cessionars gegen den Cedenten wegen Ermang des zugesicherten hypothekarischen Vorzugsrechts der cedirten Forderung; Vertragsaufsch als Interesseleistung. 115. — 4. Rescission eines Hauskaufs wegen doloser Verschwe erheblicher Baumängel. 107. — 5. Zusage der Hypothekenfreiheit; welche Rechtsmittel s dem Käufer zu, wenn sie nicht erfüllt wird? 109. — 6. Anfechtung der vertragsmä Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft wegen Betrugs. 254.

VII. Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1. In der vertragsmäßigen Gestat der Anlegung von Fenstern liegt nicht die Bestellung einer entsprechenden Dienstba 273. — 2. Auslegung der Verabredung: „in G.", der Handelsniederlassung des Verkä zu zahlen. 311. — 3. Sparkassenbuch; Bedeutung der Statutenbestimmung, daß Zah nur gegen Rückgabe des Sparkassenbuchs erfolge, und der Ausstellung des Buchs auf Namen eines Dritten. 17. — 4. Ist die Zusage der Hypothekenfreiheit des verka Grundstücks auf den Zeitpunct des Vertrages oder der Auflassung zu beziehen? 109. 5. Kauf oder Mandat? 201. — 6. Sog. Schweigegeld; Natur und Klagbarkeit des V trages. 200. — 7. Intercessio tacita der Frau. 284. — 8. Auslegung eines Testame Rücksicht auf die muthmaßliche Absicht des Testators. Universal-Fideicommiß oder E stitution? Bedeutung des Ausdrucks „Kinder" bei Substitutionen. 298. — 9. Int codicill oder Vermächtnißvertrag? Unzulässigkeit der Conversion einer codicillarischen V fügung in einen Erbvertrag. 142. — 10. Wechsel sind nicht nach rein particula Sprachgebrauch auszulegen. 317 a. E. — 11. Auslegung eines Erkenntnisses aus Entscheidungsgründen. 326. — S. auch oben II. Ziff. 2, 3, 5, 6, 8.

VIII. Verzichtleistung. Verzicht auf Ehescheidung gegen Geldversprechen. 134. S. auch oben II. Ziff. 8.

IX. Verschulden, Zufall. 1. Haftung des conductor operis für seine G hülfen; nicht für Beschädigungen durch Leute des Auftraggebers selbst. 202. — 2. Ei Verschulden des Beschädigten. 205. 206. 210. 285. 316. — 3. Haftung des Vaters Verschulden des Sohnes. 204. — 4. Unfall, herbeigeführt durch übertriebenen Dienst des Verunglückten; Beurtheilung der Verschuldung. 272. — 5. Haftung für gemis Zufall. 12. 25 a. E. 251. — 6. Unterschied zwischen höherer Gewalt und Zufall (§ 1 Reichshaftpflichtgesetzes). 182.

Hauptstück 6. Raum- und Zeitverhältnisse.

I. Besitz. 1. Besitz an Früchten auf dem Halm. 274. — 2. Besitz an Bäu auf dem Stock. 275. — 3. Erbschaftsbesitz pro possessore. 140. — 4. Longa m traditio. 183. — 5. Geht bei einem Distanzgeschäft durch Aushändigung der Waare den Frachtführer das Eigenthum auf den Käufer über? 238. — 6. Begriff der Aushändig des Frachtguts im Sinn des Art. 403 des HGB. 239. — 7. Liegt in der Erwirkung d Arrestschlags eine Besitzstörung durch den Arrestsucher? 3. — 8. Das interd. uti p erfordert weder guten Glauben des Klägers noch bösen Glauben des Beklagten. 184. 9. Besitz ist keine Voraussetzung für Anstellung des interd. quod vi aut clam. 125. 10. Interdictenschutz des Quasibesitzes an Realservituten. 98. — 11. Besitzstörungs gegen eine Gemeinde. 181.

II. Unvordenkliche Verjährung. 1. Unterbrechung des zu beweisenden standes. 185. — 2. Verpflichtung zur Tragung der Schullast aus herkömmlicher Lei auch bei vermehrtem Bedürfniß. 48.

nach dem Ausscheiden ihre Auflösung beschließt und liquidirt; spätere Beschlüsse der Generalversammlung und Vermögensveränderungen sind für den Ausgeschiedenen unverbindlich. 94. 179. — 9. Rechte der Realgemeinde und der einzelnen Mitglieder an der Allmende. Mehrheitsbeschlüsse über die Rechte der einzelnen Mitglieder als solcher. 95. — 10. Die Berechtigung an der Allmende ist durch Reihemannschaft bedingt. 180. — 11. Besitzstörungsklage gegen eine Gemeinde. 181. — 12. Vermächtniß an eine gemeinnützige Privatanstalt. 93.

Hauptstück 4. Von den Sachen.

1. Städtisches Eigenthum ist der ordentlichen Ersitzung nicht entzogen. 100. — 2. Anwendung der Grundsätze vom alveus derel. auf künstlich trocken gelegte Flußbette. 186. — 3. Bildet ein Composthaufen eine selbständige, vom Grund und Boden getrennte und für sich vindicirbare Mobilie? 96. — 4. Besitz- und Eigenthumserwerb an Früchten auf dem Halm. 274. — 5. Verkauf von Bäumen auf dem Stock zum Zweck der Fällung ist Verkauf beweglicher Sachen. 275. — 6. Begriff der Gattungsverschiedenheit. 60. — 7. Genus- oder Speciskauf? 116.

Hauptstück 5. Von den Handlungen.

I. Mängel der Willensbestimmung. 1. Die Ungültigkeit einer vertragsmäßigen Befreiung von der Haftung für *dolus* erstreckt sich nicht auf die Ablehnung der Haftung für Handlungen von Hülfspersonen. 97. — 2. Actio doli, wenn der Schuldner vor dem Purificationserkenntniß in der irrthümlichen Annahme, daß er pure verurtheilt sei, gezahlt hat. 214. — 3. Dolose Cession einer dem Hauptschuldner gegen den Bürgen zustehenden Forderung an den Gläubiger. 114. — 4. Rescission eines Hauskaufs wegen dolus causam dans, gestützt auf das Verschweigen erheblicher Baumängel. 107. — 5. Wegfall der Einrede der Vorausklagung wegen arglistigen Ableugnens der Bürgschaft. 122. — 6. Anfechtung der vertragsmäßigen Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft wegen Betrugs durch Verschweigung von Thatsachen. 254. — 7. Dolose Ausfüllung eines Wechselblanketts. 73. 327. — 8. Irrthümliche Aushändigung der Waare an den ursprünglichen Destinatär durch den Frachtführer nach Revocation des Auftrags durch den Absender. 238. — 9. Ernstlichkeit der Willenserklärung. 269.

II. Willenserklärung. 1. Die Annahme einer Vertragsofferte unter Hinzufügung einer Modalität enthält eine neue Vertragsofferte. 270. — 2. Stillschweigende Servitutbestellung. 278. — 3. Liegt eine stillschweigende Entlassung des Schuldners darin, daß der Gläubiger von dem Uebernehmer der Schuld Zinsen annimmt und ihm kündigt? 271. — 4. Perfection einer Schenkung zwischen Abwesenden. 89. — 5. Stillschweigender Verzicht auf mittlere Art und Güte der Waare? 116. — 6. Kauf auf Probe; Genehmigung durch Stillschweigen; bedarf es einer vorgängigen Aufforderung des Käufers zur Erklärung? 150. — 7. Kann der Verkäufer den gesetzlichen Erfüllungsort für die Zahlung durch die Clausel „zahlbar hier" in der Factura einseitig abändern? 311. — 8. Die vorbehaltlose Annahme einer verspäteten Lieferung enthält an sich keinen Verzicht auf den Schadensersatzanspruch wegen der Verspätung. 313.

III. Stellvertretung bei Rechtsgeschäften. 1. Haftung des Pseudostellvertreters seinem Mitcontrahenten gegenüber. 117. — 2. Ausstellung eines Sparkassenbuchs auf den Namen eines Dritten zeigt an sich keine Belegung des Geldes als Stellvertreter des Dritten an. 17. — 3. Geht bei einem Distanzgeschäft durch Aushändigung der Waare an den Frachtführer das Eigenthum auf den Käufer über? 238.

IV. Form der Rechtsgeschäfte. 1. Form der im Voraus bestätigten Codicille. 42. — 2. Zur Auslegung der Vorschrift des Art. 317 des HGB., betr. die Formlosigkeit der Handelsgeschäfte. 310.

V. Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. Die Annahme einer Vertragsofferte unter Hinzufügung einer Modalität enthält eine neue Vertragsofferte. 270.

VI. Anfechtung und Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte. 1. Anfechtung einer Novation wegen Ungültigkeit des früheren Schuldverhältnisses. 113. — 2. Anfechtung einer dolosen Cession. 114. — 3. Klage des Cessionars gegen den Cedenten wegen Ermangelung des zugesicherten hypothekarischen Vorzugsrechts der cedirten Forderung; Vertragsaufhebung als Interesseleistung. 115. — 4. Rescission eines Hauskaufs wegen doloser Verschweigung erheblicher Baumängel. 107. — 5. Zusage der Hypothekenfreiheit; welche Rechtsmittel stehen dem Käufer zu, wenn sie nicht erfüllt wird? 109. — 6. Anfechtung der vertragsmäßigen Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft wegen Betrugs. 254.

VII. Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1. In der vertragsmäßigen Gestattung der Anlegung von Fenstern liegt nicht die Bestellung einer entsprechenden Dienstbarkeit. 273. — 2. Auslegung der Verabredung: „in G.", der Handelsniederlassung des Verkäufers, zu zahlen. 311. — 3. Sparkassenbuch; Bedeutung der Statutenbestimmung, daß Zahlung nur gegen Rückgabe des Sparkassenbuchs erfolge, und der Ausstellung des Buchs auf den Namen eines Dritten. 17. — 4. Ist die Zusage der Hypothekenfreiheit des verkauften Grundstücks auf den Zeitpunct des Vertrages oder der Auflassung zu beziehen? 109. — 5. Kauf oder Mandat? 201. — 6. Sog. Schweigegeld; Natur und Klagbarkeit des Vertrages. 200. — 7. Intercessio tacita der Frau. 284. — 8. Auslegung eines Testaments: Rücksicht auf die muthmaßliche Absicht des Testators. Universal-Fideicommiß oder Substitution? Bedeutung des Ausdrucks „Kinder" bei Subsstitutionen. 298. — 9. Intestat-codicill oder Vermächtnißvertrag? Unzulässigkeit der Conversion einer codicillarischen Verfügung in einen Erbvertrag. 142. — 10. Wechsel sind nicht nach rein particularem Sprachgebrauch auszulegen. 317 a. E. — 11. Auslegung eines Erkenntnisses aus den Entscheidungsgründen. 326. — S. auch oben II. Ziff. 2, 3, 5, 6, 8.

VIII. Verzichtleistung. Verzicht auf Ehescheidung gegen Geldversprechen. 134. — S. auch oben II. Ziff. 8.

IX. Verschulden, Zufall. 1. Haftung des conductor operis für seine Gehülfen; nicht für Beschädigungen durch Leute des Auftraggebers selbst. 202. — 2. Eigenes Verschulden des Beschädigten. 205. 206. 210. 285. 316. — 3. Haftung des Vaters für Verschulden des Sohnes. 204. — 4. Unfall, herbeigeführt durch übertriebenen Diensteifer des Verunglückten; Beurtheilung der Verschuldung. 272. — 5. Haftung für gemischten Zufall. 12. 25 a. E. 251. — 6. Unterschied zwischen höherer Gewalt und Zufall (§ 1 des Reichshaftpflichtgesetzes). 182.

Hauptstück 6. Raum- und Zeitverhältnisse.

I. Besitz. 1. Besitz an Früchten auf dem Halm. 274. — 2. Besitz an Bäumen auf dem Stock. 275. — 3. Erbschaftsbesitz pro possessore. 140. — 4. Longa manu traditio. 183. — 5. Geht bei einem Distanzgeschäft durch Aushändigung der Waare an den Frachtführer das Eigenthum auf den Käufer über? 238. — 6. Begriff der Aushändigung des Frachtguts im Sinn des Art. 403 des HGB. 239. — 7. Liegt in der Erwirkung eines Arrestschlags eine Besitzstörung durch den Arrestsucher? 3. — 8. Das interd. uti poss. erfordert weder guten Glauben des Klägers noch bösen Glauben des Beklagten. 184. — 9. Besitz ist keine Voraussetzung für Anstellung des interd. quod vi aut clam. 125. — 10. Interdictenschutz des Quasibesitzes an Realservituten. 98. — 11. Besitzstörungsklage gegen eine Gemeinde. 181.

II. Unvordenkliche Verjährung. 1. Unterbrechung des zu beweisenden Zustandes. 185. — 2. Verpflichtung zur Tragung der Schullast aus herkömmlicher Leistung auch bei vermehrtem Bedürfniß. 48.

Zweiter Abschnitt.
Dingliche Rechte.

Hauptstück 1. Eigenthum.

I. Gegenstand, Arten und Rechte des Eigenthums. 1. Bildet ein Composthaufen eine selbständige, vom Grund und Boden getrennte und für sich vindicirbare Mobilie? 96. — 2. Eigenthumserwerb an Früchten auf dem Halm. 274. — 3. Desgleichen an Bäumen auf dem Stock. 275. — 4. Wirkung des Eigenthumsvorbehalts an verkauften, zur Weiterveräußerung bestimmten Sachen; rechtliche Natur desselben. 123. — 5. Kann der Verkäufer, welcher sich das Eigenthum vorbehalten hat, von dem Gläubiger, dessen Forderung aus dem Erlös der verkauften, dem Schuldner abgepfändeten Sache befriedigt ist, den Erlös condiciren? 294.

II. Miteigenthum. 1. Stillschweigende Servitutbestellung bei Theilung von Miteigenthum. 278. — 2. Auftheilung; vorgängige Umgestaltung der gemeinschaftlichen Sache statthaft? 23.

III. Besonderheiten und Beschränkungen des Eigenthums an Grundstücken. 1. Heutige Anwendbarkeit der römisch-rechtlichen Bauvorschriften. 4. — 2. Ein gewisses Maß von Belästigungen muß sich jeder Nachbar gefallen lassen. 32. — 3. Benutzung einer gemeinschaftlichen Wand; Beschränkung der Eigenthumsbefugnisse durch den Nachbarn. 99. — 4. Nachbarrecht bezüglich der Anlegung von Fenstern. 273. — 5. Haftung des Reichsfiscus nach dem Gesetz v. 21. Decbr. 1871, in Ansehung damals bereits bestehender Festungen. 217.

IV. Erwerb und Verlust des Eigenthums. 1. Longa manu traditio. 183. — 2. Geht bei einem Distanzgeschäft durch Aushändigung der Waare an den Frachtführer das Eigenthum auf den Käufer über? 238. — 3. Eigenthumserwerb an Früchten auf dem Halm. 274. — 4. Desgleichen von Bäumen auf dem Stock. 275. — 5. Die Bestimmung im Art. 306 Abs. 4 des HGB. über gestohlene Gegenstände ist nicht auszudehnen auf unterschlagene Sachen. 57. — 6. Städtisches Eigenthum ist der ordentlichen Ersitzung nicht entzogen. 100. — 7. Anwendung der Grundsätze vom alveus derel. auf künstlich trocken gelegte Flußbette. 186.

V. Rechtsmittel. 1. Bildet ein Composthaufen eine für sich vindicirbare Mobilie? 96. — 2. Zur Begründung des Anspruchs des Vindicanten gegen den Concurscurator gehört die Zahlung des Kaufpreises an den Cridar. 85. — 3. Die *actio negat.* erfordert Absichtlichkeit der störenden Handlung, aber nicht Anmaßung eines Rechts dazu. 187. — 4. Die Zwischenklage gegen die Pfändung wird nicht durch den Erwerb publicianischen Eigenthums vom Schuldner begründet. 83.

Hauptstück 2. Dienstbarkeiten.

I. Realservituten. 1. Serv. stillic. Einfluß von Aenderungen an dem herrschenden Gebäude. 276. — 2. Nachbarrecht bezüglich der Anlegung von Fenstern. 273. — 3. Umfang einer Fahrdienstbarkeit bei vermehrtem Bedürfniß durch Hinzulegung von Grundstücken zu dem berechtigten Anwesen. 277. — 4. Servitut des Wasserbezugs aus einer Cisterne; Erforderniß einer causa perpetua. 188.

II. Personalservituten. 1. Cession der Ausübung des Nießbrauchs; Wirkung gegen Dritte. 189. — 2. Habitatio im Concurse des Berechtigten; Austreibung des durch den Gemeinschuldner in die Wohnung eingesetzten Miethers. 261.

III. Besitz der Servituten. Handlungen in der Meinung der Eigenthumsausübung vorgenommen bei dem Besitz und der Ersitzung von Dienstbarkeiten. 101.

IV. Erwerb der Servituten. 1. In der vertragsmäßigen Gestattung der Anlegung von Fenstern liegt nicht die Bestellung einer entsprechenden Dienstbarkeit. 273. —

2. Stillschweigende Servitutbestellung durch Veräußerung von Grundstücken, welche bisher in der Hand des gemeinschaftlichen Eigenthümers thatsächlich die Stellung von herrschenden und dienenden Grundstücken eingenommen haben; insbesondere bei der Theilung von Miteigenthum. 278. — 3. Zur Servitutenersitzung ist der Wille erforderlich, ein Privatrecht auszuüben. 5. — 4. Handlungen in der Meinung der Eigenthumsausübung bei dem Besitz und der Ersitzung von Dienstbarkeiten. 101. — 5. Zur Servitutenersitzung ist das Wissen des Herrn des dienenden Grundstücks nicht erforderlich; Wirkung einer Erweiterung der Servitutausübung nach Ablauf der Ersitzungszeit. 190. — 6. Der zur Ersitzung erforderliche gute Glaube wird nicht begründet durch Ausübung der Fahrt als Nothfahrt. 192. — 7. Fehlerhafte Besitzhandlungen vor der Ersitzungszeit. 102. — 8. Bedeutung der Rechtsregel: tantum praescriptum, quantum possessum; Besitzmängel sind vom Eigenthümer des dienenden Grundstücks zu beweisen. Die Ersitzung wird unterbrochen durch außergerichtlichen Widerspruch des Herrn des dienenden Grundstücks. 191. — 9. Ersitzung unständiger Hute bei theilweiser Verhinderung der Ausübung durch forstliche Culturen. 7. — 10. Ersitzung einer Dienstbarkeit für das Pfarrgrundstück durch den Pfarrer. 147. — 11. Die außerordentliche Ersitzung findet auch bei Servituten Anwendung. 6.

V. Rechtsmittel. Interdictenschutz des Quasibesitzes an Realservituten. 98.

Hauptstück 3. Pfandrecht.

1. Pfandbestellung für ein noch nicht eingezahltes Darlehen; Folgen des Concurses des Schuldners. 263. — 2. Umfang des Pfandrechts des Vermiethers am eingebrachten Hausrath. 8. — 3. Voraussetzung für den Anspruch des mit der actio hypoth. belangten Pfandbesitzers auf Abtretung der iura nominis. 193. — 4. Der Verkauf des Faustpfands auf Antrag des Pfandgläubigers wird nicht gehindert durch den ihm angezeigten Eigenthumsübergang des Pfandes an einen Dritten. 194. — 5. Die Uebernahme der Hypothekschulden macht den Käufer noch nicht zum persönlichen Schuldner des Hypothekgläubigers. 279. — 6. Einrede der Compensation gegenüber der Pfandklage. 9. — 7. Unanwendbarkeit des Satzes, daß der Schuldner die Zahlung bis zur Quittungsertheilung zurückhalten kann, auf die Bewilligung von Löschungen in Hypothekenbüchern. 18. — 8. Ingrossation einer Hypothek nach Eröffnung des Concurses auf Grund eines schon vor der Concurseröffnung begründeten Rechtstitels. 86.

Dritter Abschnitt.

Recht der Obligationen.

Hauptstück 1. Allgemeine Lehren.

I. Subjecte der Obligationen. Verschiedenheit der Obligationen nach den Personen.

1. Berechtigung einer eingetragenen Genossenschaft zur Geltendmachung von Forderungen des in sie übergeleiteten Personenvereins. 268. — 2. Haftung des Genossenschafters für Wechselverbindlichkeiten des Vorstandes. 178. — 3. Haftungspflicht mehrerer wegen Tödtung oder Körperverletzung belangter Personen. 203. — 4. Solidarische Haftung des ex lege Aquil. ersatzpflichtigen Eigenthümers eines Thieres für den Schaden, welchen das Thier in Gemeinschaft mit dem Thier eines Dritten angerichtet hat. 286. — 5. Solidarische Haftung der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für die Wechselschulden der Gesellschaft. 229.

II. Gegenstand der Obligationen.

A. Allgemeines. Zinsen. 1. Anerkennungsklagen s. oben 1. Abschn. 2. Hauptst. II. — 2. Anspruch auf Conventionalstrafe und daneben auf Vertragserfüllung. 198. —

3. Der Besteller einer Reallast begründet nicht neben der Verpflichtung jedes Besitzers noch für sich selbst eine persönliche Verbindlichkeit. 47. — 4. Bei der Compensation verzinslicher Forderungen erfolgt die Anrechnung zunächst auf das Kapital. 112. — 5. Bei Geldschulden wird der Lauf der Conventionalzinsen durch Verzug des Gläubigers nicht unterbrochen. 103. — 6. Das örtliche Recht des Zahlungsgeschäfts entscheidet auch über die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugs- bzw. Proceßzinsen. 1. — 7. Höhe der Proceßzinsen bei illiquidem Forderungsbetrage. 10. — 8. Verzinsung von bäuerlichen Abfindungen. 13. — 9. Sind Zinsen von Geldstrafen statthaft? 10. — 10. Das Verbot des Anatocismus trifft auch die gesetzlichen Zinsen und die Ausbedingung von Zinseszinsen unter dem Titel einer Entschädigung. 11. — 11. Vereinbarte Zahlung von Zinseszinsen für den Fall des Verzugs in Zahlung der Zinsen statthaft. 104. — 12. Zinsen, während des Processes ultra alterum tantum aufgelaufen, sind statthaft. 105.

B. Schadensersatz. 1. Auch unter dem Titel einer Entschädigung können Zinseszinsen nicht verlangt werden. 11. — 2. Vertragsaufhebung als Interesseleistung. 14. 21. 107. 115. — 3. Entschädigungsanspruch wegen widerrechtlicher Verhaftung; Substantiirung derselben. 251. — 4. Die Klagerhebung als solche giebt keinen Entschädigungsanspruch gegen den abgewiesenen Kläger wegen inzwischen eingetretener Verschlechterungen des Proceßobjects. 12. — 5. Klage auf Schadensersatz aus § 107 der Gewerbeordnung von 21. Juni 1869. 160. — 6. Schätzung als Baugrund bei der Zwangsenteignung. 33. — 7. Werthsermittelung eines zu einer Ziegelei geeigneten expropriirten Grundstücks. 216.

III. Erfüllung der Obligationen.

A. Gegenstand der Erfüllung. 1. Verpflichtung des ausgeschiedenen Genossenschafters zur Zurückgabe des sog. Genossenschaftsbuchs bei Empfangnahme seines Geschäftsantheils. 16. — 2. Zahlung gegen Quittungsertheilung? unanwendbar auf die Bewilligung von Löschungen in Hypothekenbüchern. 18. — 3. Bedeutung der Statutenbestimmung, daß Zahlung der Einlage nur gegen Rückgabe des Sparkassenbuchs erfolge. 17. — 4. Erfüllung der Obligation durch Geldleistung an Stelle der bedungenen Naturalleistungen. 195. — 5. Substituirung eines andern Befriedigungsmodus für die Verurtheilung zur Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung nicht zulässig. 80. — 6. Anspruch auf Conventionalstrafe und daneben auf Vertragserfüllung. 198. — 7. Verschiedene Weisen der Zahlung durch Wechsel. 199. — Vgl. auch unten V. A.

B. Ort der Erfüllung. 1. Erfüllungsort bei Handelsgeschäften. 88. — 2. Gesetzlicher Erfüllungsort für die Zahlung nach dem HGB. Kann der Verkäufer denselben durch die Facturenclausel „zahlbar hier" einseitig abändern? Auslegung der Verabredung: „in G." (der Handelsniederlassung des Verkäufers) zu zahlen. 311. — 3. Das örtliche Recht, welchem das Zahlungsgeschäft unterliegt, entscheidet auch über die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugs- bzw. Proceßzinsen. 1.

C. Verzug. 1. Wirkung der von einem Dritten erlangten Beschlagnahme einer Forderung auf das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner. Mahnung nach erfolgter Beschlagnahme bewirkt keinen Verzug. Dies interpellat pro homine. 13. — 2. Folgen der Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung des Vermiethers; Rücktritt des Miethers vom Vertrage und Entschädigungsanspruch. 21. — 3. Das Recht zur einseitigen Vertragsaufhebung wegen Verzugs des Mitcontrahenten folgt noch nicht aus der Zahlungsunfähigkeit desselben. 14. — 4. Deposition der verkauften Waare im Fall des Verzugs des Käufers. 152. — 5. Begriff des Empfangnahmeverzugs. 237. — 6. Bei Geldschulden wird der Lauf der Conventionalzinsen durch Verzug des Gläubigers nicht unterbrochen. 103. — 7. Feststellung des Empfangsverzugs von Amtswegen. 166. — S. ferner unten 7. Abschn. 1. Hauptst. (Handelsrecht) III. B. Ziff. 5—8, 13—16.

D. Erfüllung durch Niederlegung. 1. Der Streit zwischen mehreren Forderungsprätendenten über ihre Berechtigung zur Einziehung der Forderung berechtigt den

Schuldner noch nicht zur gerichtlichen Deposition mit befreiender Wirkung. 111. — 2. Deposition der verkauften Waare durch den Verkäufer im Fall des Verzugs des Käufers. 152. — 3. Der obsiegende Gläubiger braucht sich die Verweisung auf den ohne Grund deponirten Betrag statt der Verurtheilung des Schuldners zur Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung nicht gefallen zu lassen. 80.

E. Beschränkungen der Erfüllungsverbindlichkeit. Die in der Concursordnung ausgesprochene Aufhebung des beneficium competentiae findet keine Anwendung auf die vor dem 1. Octbr. 1879 eröffneten Concurse. 322.

IV. Entstehung der Obligationen.

A. Allgemeine Grundsätze von Verträgen.

a) Perfection des Vertrages. Perfection eines Schenkungsvertrages zwischen Abwesenden. 89.

b) Vertragschließende Personen. 1. Ausstellung des Sparkassenbuchs auf den Namen eines Dritten zeigt an sich weder eine Belegung in Stellvertretung noch zu Gunsten eines Dritten an. 17. — 2. Der Käufer wird durch Uebernahme der Hypothekschulden vom Verkäufer noch nicht zum persönlichen Schuldner des Hypothekgläubigers. 279. — 3. Begründung der Klage gegen ein Hauskind aus einem vom Vater kraft väterlicher Gewalt für dasselbe aufgenommenen Darlehen. 297. — 4. Der Verkäufer, welcher den Speditionsvertrag in eigenem Namen geschlossen hat, kann das Erfüllungsinteresse als sein eigenes vom Spediteur einklagen. 66. — 5. Lebensversicherungsverträge zu Gunsten eines Dritten; deren Wirksamkeit zu Lebzeiten des Versicherten. 165.

c) Gegenstand und *causa* der Verträge. 1. Urkundliches Schuldversprechen ohne Angabe des Schuldgrundes. 15. — 2. Grund der Alimentationsverbindlichkeit des außerehelichen Vaters; Berufung eines der mehreren Concumbenten auf die seitens eines zweiten geschehene Anerkennung der Vaterschaft und Alimentationspflicht. 27. — 3. Soq. Schweigegeld; Natur und Klagbarkeit des Vertrages. 200. — 4. Zulässigkeit der Einrede des Schiedsvertrages, auch wenn das Zustandekommen des Schiedsgerichts nicht von vorn herein feststeht. 120. — S. auch oben unter Präjudicialklagen 1. Abschn. 2. Hauptst. II. 2—4.

d) Insbesondere von Verträgen gegen gesetzliches Verbot und gute Sitte. 1. Die Ungültigkeit einer vertragsmäßigen Befreiung von der Haftung für dolus erstreckt sich nicht auf die Ablehnung der Haftung für Hülfspersonen. 97. — 2. Soq. Schweigegeld; Natur und Klagbarkeit des Vertrages. 200. — 3. Verzicht auf Ehescheidung gegen Geldversprechen. 134. — 4. Abänderung der im Art. 343 des HGB. festgestellten Formen des Selbsthülfeverkaufs durch Vertrag. 236. — 5. Vertragsmäßige Beschränkung der Gewerbeausübung. Unstatthafte Conventionalstrafe. 106. 196.

e) Willensact bei Verträgen. Mängel der Willensbestimmung s. oben 1. Abschn. 2. Hauptst. I. 1—9.

f) Willenserklärung s. daselbst II. 1—8.

g) Auslegung der Schuldverträge s. daselbst VII. 1—8.

h) Gewähr physischer Mängel und angerühmter Eigenschaften 1. Zusage der Hypothekenfreiheit unterliegt nicht den ädilitischen Rechtsmitteln. 109. — 2. Ebenso nicht die Zusage hypothekarischer Vorzugsrechte einer cedirten Forderung. 115. — 3. Desgleichen nicht die Zusage der Freiheit von Realservituten. 197. — 4. Feuchtigkeit einer Waare ist ein Qualitäts-, nicht Quantitätsmangel; Beweislast. 58. — 5. Rescission eines Hauskaufs wegen verschwiegener Baumängel. 107. — 6. Befugniß zu theilweiser Rehibition. 116. — 7. Verhältniß der ädilitischen Klagen zur Contractsklage, Verjährung. 108. — 8. Die ädilitischen Rechtsmittel gelten auch beim Handelskauf. 151. — 9. Ueber die Anwendbarkeit des Art. 347 des HGB. auf den Viehhandel. 153.

i) Verbindlichkeit zur Evictionsleistung. 1. Wegen nicht erfüllter Zusage
r Hypothekenfreiheit des verkauften Grundstücks. 109. — 2. Nicht wegen Nichtvorhanden-
s vorausgesetzter Realservituten. 197.

k) Wirkung der Schuldverträge unter den Contrahenten, Einrede
s nicht erfüllten Contracts. 1. Zahlung gegen Rückgabe des Schuldscheins
parkassenbuchs). 17. — 2. Zahlung gegen Quittungsertheilung. 18. — 3. Ermangelung
s zugesicherten hypothekarischen Vorzugsrechts der cedirten Forderung. 115. — 4. Nicht-
füllung der zugesagten Hypothekenfreiheit des verkauften Guts. 109. — 5. Nichtvor-
ndensein vorausgesetzter Realservituten. 197. — 6. Nichterfüllung oder mangelhafte Er-
llung des Vermiethers. 21.

l) Tragung der Gefahr bei zweiseitigen Verträgen. Haftung des con-
ctor operis für seine Gehülfen; inwiefern exculpirt ihn die Behauptung, daß der Schaden
rch Dritte, insbesondere durch Leute des Auftraggebers selbst, herbeigeführt sei? 202.

m) Wirkung der Verträge auf Dritte. 1. Ausstellung des Sparkassenbuchs
f den Namen eines Dritten zeigt an sich weder eine Belegung in Stellvertretung noch
Gunsten desselben an. 17. — 2. Cession der Ausübung eines Nießbrauchs; Wirkung
gen Dritte. 189. — 3. Liegt eine Entlassung des Schuldners darin, daß der Gläubiger
dem Uebernehmer der Schuld Zinsen annimmt und ihm den Posten kündigt? 271. —
Der Käufer wird durch Uebernahme der Hypothekschulden vom Verkäufer nicht persönlicher
chuldner des Hypothekgläubigers. 279. — 5. Geltendmachung eines vom Verkäufer mit
em Dritten abgeschlossenen Vertrages durch den Käufer. 280. — 6. Begründung der
age gegen ein Hauskind aus einem vom Vater kraft väterlicher Gewalt für dasselbe
genommenen Darlehen. 297. — 7. Lebensversicherungsverträge zu Gunsten Dritter;
ren Wirksamkeit zu Lebzeiten des Versicherten. 165.

n) Bestärkungsmittel der Verträge. 1. Vereinbarte Zahlung von Zinses-
sen für den Fall des Verzugs in Zahlung der Zinsen. 104. — 2. Unstatthafte Con-
ntionalstrafe bei vertragsmäßiger Beschränkung der Gewerbeausübung. 106. — 3. An-
ruch auf Conventionalstrafe und daneben auf Vertragserfüllung. 198. — 4. Anwendung
r Verwirkungsclauseln in Versicherungsbedingungen; Verwirkung der Conventional-
afe. 249.

B. Allgemeine Grundsätze von Vergehen.

Sind Proceßzinsen auch bei geforderten Geldstrafen statthaft? 10.

V. Von der Erlöschung der Obligationen.

A. Durch Erfüllung und Deposition. 1. Einrede der Zahlung; Begrün-
ng derselben. 110. — 2. Verschiedene Weisen der Zahlung durch Wechsel; keine Ver-
thung für die Absicht einer sofortigen Aufhebung des ursprünglichen Schuldverhältnisses.
9. — 3. Auszahlung des Geschäftsantheils an den ausgeschiedenen Genossenschafter nur
gen Rückgabe des sog. Genossenschaftsbuchs. 16. — 4. Die Genossenschaft kann die Aus-
hlung des Geschäftsantheils des ausgeschiedenen Genossenschafters nur ablehnen, wenn sie
nen 3 Monaten nach dem Ausscheiden ihre Auflösung beschließt und liquidirt. 94. 179. —
Bedeutung der Statutenbestimmung, daß Zahlung der Einlage nur gegen Rückgabe
s Sparkassenbuchs erfolge. 17. — 6. Ueber den Satz, daß der Schuldner die Zahlung
zur Quittungsertheilung zurückhalten könne; Unanwendbarkeit desselben auf die Be-
igung von Löschungen in Hypothekenbüchern. 18. — 7. Erfüllung der Obligation durch
bleistung an Stelle der bedungenen Naturalleistung. 195. — 8. Der Streit zwischen
hreren Forderungsprätendenten über ihre Berechtigung zur Einziehung der Forderung
rechtigt den Schuldner nicht zu Deposition mit befreiender Wirkung. 111. — 9. Der
klagende Gläubiger braucht sich die Verweisung auf die grundlos deponirte Summe an-
tatt Verurtheilung des Schuldners zur Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung

nicht gefallen zu lassen. 80. — 10. Deponirung der verkauften Waare im Fall des Verzugs des Käufers. 152.

B. Durch Compensation. 1. Einrede der Compensation gegenüber der Pfandklage. 9. — 2. Bei der Compensation verzinslicher Forderungen erfolgt die Anrechnung zunächst auf das Kapital. 112. — 3. Zulässigkeit der Compensation gegen die Rente aus dem Reichshaftpflichtgesetz. 128. — 4. Der Handlungsreisende kann seine Schuld nicht gegen die Forderung des Principals an dessen Schuldner compensiren. 51. — 5. Für die Compensabilität einer Wechselforderung im Concurse des Acceptanten ist nicht der Zeitpunct der Einlösung des Wechsels im Regreßwege, sondern der des früheren Wechselerwerbes entscheidend. 174.

C. Durch Remission und *mutuus dissensus*. Liegt eine stillschweigende Entlassung des Schuldners darin, daß der Gläubiger vom Uebernehmer der Schuld Zinsen annimmt und ihm kündigt? 271.

D. Durch Novation. 1. s. vorstehend unter C. — 2. Der Käufer wird durch Uebernahme der Hypothekschulden von seinem Verkäufer nicht persönlicher Schuldner des Hypothekgläubigers. 279. — 3. Anfechtung der Novation wegen Ungültigkeit des früheren Schuldverhältnisses. 113.

E. Andere Erlöschungsgründe. 1. Rücktritt vom Vertrage wegen Verzuges bzw. Nichterfüllung des andern Contrahenten. 14. 21. 115. — 2. Wirkung der lex commissoria beim Kaufvertrage; Zurückforderung des gezahlten Kaufgeldes. 24. — 3. Verwirkungsclauseln in Versicherungsbedingungen; Verwirkung der Conventionalstrafe. 249. — 4. Substituirung eines andern Befriedigungsmodus durch richterliches Urtheil? 80. — 5. Klagverjährung. 54. 65. 108. 130. 244. 264. 265. 306.

VI. Von der Cession der Forderungen.

1. Actio utilis des Cessionsberechtigten. 56. — 2. Geltendmachung eines vom Verkäufer mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrages durch den Käufer. 280. — 3. Cession der Ausübung eines Nießbrauchs. 189. — 4. Voraussetzung für den Anspruch des mit der actio hypoth. belangten Pfandschuldners auf Abtretung der iura nominis. 193. — 5. Dolose Cession einer dem Hauptschuldner gegen den Bürgen zustehenden Forderung an den Gläubiger. 114. — 6. Klage auf Anerkennung der Cession von Seiten des einen Forderungsprätendenten gegen den andern. 89. — 7. Streit zwischen mehreren Forderungsprätendenten über ihre Berechtigung zur Einziehung der Forderung. 111. — 8. Regreß gegen den Vormann des Cedenten wegen Nichtexistenz der Forderung. 19. — 9. Klage des Cessionars gegen den Cedenten wegen Ermangelung des zugesicherten hypothekarischen Vorzugsrechts der cedirten Forderung; Vertragsaufhebung als Interesseleistung. 115.

VII. Klagen aus der Obligation.

1. Anerkennungsklagen. 89. 111. 149. 175. 267. — 2. Sog. Schweigegeld; Natur und Klagbarkeit des Vertrages. 200.

Hauptstück 2. Einzelne Obligationen.

I. Obligationen aus Verträgen und vertragsartigen Verhältnissen.

A. Darlehen. 1. Pfandbestellung für ein noch nicht eingezahltes Darlehen; Folgen des Concurses des Darlehnsschuldners. 263. — 2. Sparkassenbuch; Bedeutung der Statutenbestimmung, daß Zahlung nur gegen Rückgabe des Buchs erfolge. Ausstellung des Buchs auf den Namen eines Dritten zeigt an sich weder eine Belegung in Stellvertretung noch zu Gunsten des Dritten an. 17. — 3. Soldaten, welche noch unter väterlicher Gewalt stehen, können sich auf das sct. Maced. nicht berufen. 281.

B. Precarium. 1. Umwandlung eines Rechtsbesitzes in ein Precarium. 282. — 2. Das Widerrufsrecht beim Precarium duldet keinerlei Beschränkung. 20.

C. Kauf. 1. Ein Vertrag, worin der eine Contrahent die Veräußerung seines Grundstücks dem andern überträgt unter der Bedingung, eine bestimmte Summe an den Auftraggeber abzuführen, ist Kauf, nicht Mandat. 201. — 2. Klage auf Zahlung eines üblichen oder angemessenen Kaufpreises, Einwand: es sei ein Preis verabredet; Beweislast. 167. 168. — 3. Wirkung der lex commissoria beim Kaufvertrage; Zurückforderung des gezahlten Kaufgeldes. 24. — 4. Feuchtigkeit einer Waare: Qualitäts-, nicht Quantitätsmangel; Beweislast. 58. — 5. Rescission eines Hauskaufs wegen dolus causam dans, durch Verschweigen erheblicher Baumängel. Inhalt der Beweisauflage. 107. — 6. Verhältniß der ädilitischen Klagen zur Contractsklage. 108. — 7. Rechtsmittel des Käufers, wenn die Zusage der Hypothekenfreiheit nicht erfüllt wird. Ist letztere auf den Zeitpunct des Contractsschlusses oder der Auflassung zu beziehen? 109. — 8. Das Fehlen vorausgesetzter Realservituten berechtigt den Käufer nicht zur Klage aus dem ädilitischen Edict oder auf Gewährleistung. 197. — 9. Befugniß zu theilweiser Redhibition. 116. — 10. Geltendmachung eines vom Verkäufer mit Dritten abgeschlossenen Vertrages durch den Käufer. 280. — 11. Geht bei einem Distanzgeschäft durch Aushändigung der Waare an den Frachtführer Besitz und Eigenthum auf den Käufer über? 238. — 12. Kauf auf Probe; Genehmigung der Waare durch Stillschweigen; inwiefern bedarf es einer vorgängigen Aufforderung des Käufers zur Erklärung? 150. — 13. Kauf nach Probe. 151. — 14. Genus- oder Specieskauf? 116. — Vgl. noch oben 1. Hauptst. III. B. (Ort der Erfüllung) Ziff. 1, 2. — C. (Verzug) Ziff. 3, 4. — IV. A. b) (Vertragschließende Personen) Ziff. 2, 4. — S. auch unten 7. Abschn. 1. Hauptst. IV. B. (Handelskauf).

D. Sachenmiethe und Pachtung. 1. Folgen der Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung durch den Vermiether, Rücktritt des Miethers und Entschädigungsanspruch. 21. — 2. Umfang des Pfandrechts des Vermiethers am eingebrachten Hausrath. 8. — 3. Klagrecht des Concursverwalters auf Austreibung des durch den Gemeinschuldner in die habitatio eingesetzten Miethers. 261. — 4. Entschädigungsanspruch des Pächters bei Enteignung des verpachteten Grundstücks. 215.

E. Dienstmiethe. 1. Klage auf Lohnzahlung für eine übertragene, aber vom Beklagten verhinderte Dienstleistung; Einrede anderweiter Verwerthung der Arbeitskraft; Beweislast. 256. — 2. Klage auf Zahlung des verabredeten, event. des angemessenen oder üblichen Lohns; Beweissatz. 169.

F. Werkverdingung. 1. Haftung des conductor operis für seine Gehülfen; inwiefern exculpirt ihn die Behauptung, daß der Schaden durch Dritte, insbesondere durch Leute des Auftraggebers selbst, herbeigeführt sei? 202. — 2. s. vorstehend unter E. 1. u. 2.

G. Führung fremder Geschäfte. Mandat. 1. Ein Vertrag, durch welchen der eine Contrahent die Veräußerung seines Grundstücks dem andern überträgt unter der Bedingung, eine bestimmte Summe an den Auftraggeber abzuführen, ist Kauf, nicht Mandat. 201. — 2. Derjenige, welchem ein Anspruch auf Rechnungslegung zusteht, ist berechtigt, auch vor der Rechnungslegung seine Forderungen gegen den Rechnungspflichtigen einzuklagen. 118. — 3. Der Handlungsgehülfe einer Handelsgesellschaft ist als solcher nicht verpflichtet, den einzelnen Gesellschaftern Rechnung zu legen. 227. — 4. Aus der Annahme des Auftrags zum Incasso eines Wechsels folgt an sich nicht die Verpflichtung des Mandatars zur Einklagung der Wechselforderung. 318. — 5. Begründung der Revalirungsklage des Trassaten; Gefälligkeitsaccept. 283. — 6. Haftung des Pseudostellvertreters seinem Mitcontrahenten gegenüber. 117. — 7. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, welche der Handlungsbevollmächtigte nach Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Principals für diesen abgeschlossen hat. 52.

H. Geschäftsführung. *Negotiorum gestio.* 1. Actio negot. gest. contraria. Die Voraussetzung der Nützlichkeit der Geschäftsführung ist nach der besonderen Lage des Geschäftsherrn zu beurtheilen. 22. — 2. Actio negot. gest. contr. wegen Bezahlung einer

Schuld des Beklagten; Klagbegründung; präsumtive Nützlichkeit der Schuldenzahlung. 75. 3. Actio negot. gest. contr., Voraussetzung, Substantiirung und Beweisumfang, es sich um die Liberirung von einer Schuld handelt; Zahlung aus eigenen Mitteln. 76.

J. Führung fremder Geschäfte. Verbindlichkeit zur Rechnung ablage. S. vorstehend G. Ziff. 2, 3. — Recht der Anwärter bei einer Familienfi gegen den Verwalter derselben auf Rechnungsablage. 300.

K. Obligationen aus der Rechtsgemeinschaft. Gesellschaft. 1. Acti gesellschaften können in keiner Beziehung als Societäten betrachtet werden. 55. 56. 2. Eine Vereinigung mehrerer Personen zur Betreibung eines Handelsgeschäfts unter Firma eines der Gesellschafter ist eine gewöhnliche Societät, keine Handelsgesellschaft. 305. 3. Substantiirung der Klage aus Gesellschaft auf Theilung des erzielten Gewinns; hauptung des Verklagten, daß er in Aufrechnung zu bringende Auslagen gehabt Beweislast. 77. — 4. Derjenige, welchem ein Anspruch auf Rechnungslegung zusteht, berechtigt, auch vor der Rechnungsablage seine Forderungen gegen den Rechnungspflich einzuklagen. 118. — Vgl. auch oben 1. Abschn. 3. Hauptst. II. (Juristische Pers Ziff. 4—8. — Desgl. unten 7. Abschn. 1. Hauptst. III. (Handelsgesellschaften).

L. Obligationen aus der Rechtsgemeinschaft. *Communio incid* Sind die Theilnehmer an einer communio incidens verpflichtet, sich zwecks vortheilhaf Theilung eine vorgängige theilweise Umgestaltung der Sache gefallen zu lassen? Wer die dazu erforderlichen Kosten vorzustrecken? 23.

M. Schenkung. 1. Collision örtlicher Rechte in Betreff der formalen Gült eines zwischen Abwesenden geschlossenen Schenkungsvertrages. 89. — 2. Schenkung Ehegatten, mortis causa, divortii causa. 135. — 3. In der vertragsmäßigen Einfüh ehelicher Gütergemeinschaft liegt keine Schenkung unter Ehegatten. 221. — 4. Cha ristisches der mortis causa donatio. 225. — 5. Rückforderung der Brautgeschenke, die Ehe nicht zu Stande gekommen ist. 81.

N. Verträge zur Schlichtung zweifelhafter Rechtsverhältnisse. Begriff des Vergleichs. 119. — 2. Versagte Restitution gegen einen Vergleich fehlender Verletzung. 91. — 3. Zulässigkeit der Einrede des Schiedsvertrages, wenn das Zustandekommen des Schiedsgerichts nicht von vorn herein feststeht. 120. 4. Natur und Wirkungen der Einrede des Schiedsvertrages; kann der auf Grund solchen sich für incompetent erklärende Richter solche Streitpuncte, welche an sich vor ordentlichen Richter gehören, von Amtswegen vorweg entscheiden? 121.

O. Intercession der Frauen. Sog. intercessio tacita der Frau, wenn mit der Erklärung, ihrem Mann helfen zu wollen, ein Darlehn aufnimmt; anders, sie nur erklärt, eine für ihren Mann von ihr übernommene Schuld decken zu wollen.

P. Intercession. Bürgschaft. 1. Wird der Bürge (Wechselbürge) dad daß der Gläubiger dem Hauptschuldner die Zahlungszeit prolongirt, befreit? 243. 2. Verliert er dadurch die Einrede der Verjährung? 244. — 3. Regreß des Indoss eines Wechsels gegen einen Vorindossanten; Einrede, die Regreßklage sei im Auftrage Ausstellers angestellt; Replik: dem Indossament des Beklagten liege eine Bürgsch Gunsten des Ausstellers zu Grunde. 245. — 4. Dolose Cession einer dem Hauptsch gegen den Bürgen zustehenden Forderung an den Gläubiger. 114. — 5. Wegfall der rede der Vorausklage wegen argliſtiger Ableugnung der Bürgschaft; Begründung der list. 122.

Q. Modificirende Nebenverträge. 1. Wirkung der lex commissoria Kaufvertrage. Zurückforderung des gezahlten Kaufgeldes. 24. — 2. Anwendung der wirkungsclauseln in Versicherungsbedingungen; Verwirkung der Conventionalstrafe. 3. Unstatthafte Conventionalstrafe bei vertragsmäßiger Beschränkung der Gewerbefr

— 4. Anspruch auf Conventionalstrafe und daneben auf Vertragserfüllung. 198. — ...tung des Eigenthumsvorbehalts an verkauften, zur Weiterveräußerung bestimmten ...n. Rechtliche Natur des Eigenthumsvorbehalts. 123. — 6. Kann der Verkäufer auf ...d des Eigenthumsvorbehalts den Erlös der Sachen von dem Gläubiger condiciren, ...r die Sachen beim Schuldner hat pfänden und verkaufen lassen? 294.

Obligationen aus Vergehen und anderen unerlaubten Handlungen.

A. *Furtum.* Der condictio furtiva haftet nur der Thäter. 294.

B. *Damnum iniuria datum.* 1. Liegt nicht in der Klagerhebung als solcher. 12. — ...ilische Klage gegen eine juristische Person wegen mangelhafter Bauführung. 287. — ...schädigungsklage wegen unterlassener Schließung der Eisenbahnübergänge; schuld...Unterlassung; ursächlicher Zusammenhang zwischen Schaden und Verschuldung. 25. — ...ftung des conductor operis für seine Gehülfen; auch für Schaden durch Dritte, ...dere durch Leute des Auftraggebers selbst? 202. — 5. Haftung des Vaters für ...lden des Sohnes. 204. — 6. Haftungspflicht mehrerer wegen Tödtung oder Körper...ung belangter Personen. 203. — 7. Solidarische Haftung des Eigenthümers eines ... für den Schaden, welchen das Thier in Gemeinschaft mit dem Thier eines Dritten ...htet hat. 286. — 8. Wird die aquil. Klage durch jedes eigene Verschulden des Be...ten ausgeschlossen? 285. — 9. Klage auf Schadensersatz aus § 107 der Gewerbe...ung vom 21. Juni 1869; Begründung derselben. 160. — Vgl. auch unten III. B. ...shaftpflichtgesetz).

C. *Damnum in caupona etc. datum.* 1. Haftung des Gastwirths für die Sachen ...Gastes, wenn dieselben schon auf dem Wege vom Bahnhof aus dem Hotelwagen ...en kommen. Einfluß eigenen Verschuldens des Gastes. 205. — 2. Actio de recepto. ...blast. Der Gast ist nicht verpflichtet, dem Gastwirth den Besitz von Werthsachen ...eigen. 206. — Vgl. auch unten 7. Abschn. 1. Hauptst. III. E. (Frachtgeschäft) Ziff. 2.

D. *Operis novi nuntiatio.* 1. Operis novi nuntiatio und interd. demolitorium; ...e Anwendbarkeit; Substantiirung der Interdicts. 207. — 2. Ueber den Anspruch ...Wiederherstellung des früheren Zustandes beim interd. quod vi aut clam und ...litorium. 208.

E. Gewaltsame oder verheimlichte Veränderung mit Grundstücken. ...r Begründung des interdictum quod vi aut clam ist der Nachweis eines Ver...gsrechts nicht erforderlich. 209. — 2. Beschaffenheit des Verbots; Verbietungsrecht. — 3. Besitz ist keine Voraussetzung des interdictum quod vi aut clam. 125. — ...vorstehend D. Ziff. 2.

F. Widerrechtliche Veränderungen des Wasserlaufs. 1. Anwendung ...tio aquae pluviae arcendae auf die Verpflichtung zur Offenhaltung gemeinschaftlicher ...räben. 26. — 2. Desgleichen auf Culturarbeiten. 126.

G. Beschädigung durch Versehen der Beamten. 1. Verjährung der ...tsklage. 264. — 2. Befugnisse und civilrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen ...befehlshaber, auf welche während eines nach Art. 68 der deutschen Reichsverfassung ...n Kriegszustandes die vollziehende Gewalt übergegangen ist. 127.

H. *Actio de dolo, in factum,* dolose Handlungen. Vgl. oben 1. Abschn. ...pt. I. (Mängel der Willensbestimmung) Ziff. 1—7.

III. Vermischte Fälle der Obligation.

A. Obligationen aus der unehelichen Vaterschaft. Gesetzliche Ali...entationspflicht. 1. Grund der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters; ...ung eines von mehreren Concumbenten auf die seitens eines zweiten geschehene An...ung der Vaterschaft und der Verpflichtung zur Alimentation. 27. — 2. Voraus...gen der Klage auf Anerkennung der Vaterschaft und auf Alimentirung eines während

der Ehe gebornen Kindes gegen einen Dritten. 267. — 3. Die Alimentenklage der u
lichen Mutter ist nicht durch die Unmöglichkeit der Ehelichung ausgeschlossen. 2
4. Renten aus dem Reichshaftpflichtgesetz haben nicht die Eigenschaft von auf gesetzl
Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen im Sinn des § 749 der CPO. 128. 262.

B. Obligationen aus dem Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1
1. Unterschied zwischen Zufall und höherer Gewalt (§ 1). 182. — 2. Begriff der Eise
im Sinn des § 1, angewandt auf Arbeitsbahnen. 288. — 3. Begriff des Betriebs
nehmers im Sinn des § 1. Benutzung einer Eisenbahnlinie von mehreren Unterneh
289. — 4. Fabrikbetrieb oder Bauarbeit? 290. — 5. Haftung des Fabrikanten w
unterlassener Sicherung der Arbeiter gegen die Gefahren des Betriebes. 291. — 6. Ei
Verschulden des verletzten Arbeiters durch Uebertretung eines vielfach übertretenen Ver
Einfluß der Unerfahrenheit des Arbeiters. 210. — 7. Die dem Verletzten günstigeren
stimmungen des Landesrechts bleiben neben dem Entschädigungsanspruch aus § 2
wendbar. 29. — 8. Verschulden des Aufsehers; der größere oder geringere Umfang s
Functionen ist nicht maßgebend. 211. — 9. Verschulden des Aufsehers in Mitwirkung
der Verrichtung eines einfachen Arbeiters. 212. — 10. Rechtliche Natur der Rente
§ 3 und § 7; Zulässigkeit der Compensation gegen dieselbe. 128. — 11. Renten aus
Reichshaftpflichtgesetz haben nicht die Natur von gesetzlichen Alimentenforderungen im
des § 749 Ziff. 2 der CPO. 262. — 12. Rechtliche Natur der Rente; ob sie prae
zu zahlen? 293. — 13. Berechnung der Zeitdauer, für welche nach § 3 demjenigen
zu leisten ist, welchem der Getödtete Unterhalt zu gewähren hatte. 129. — 14.
verheirathung der Wittwe des Getödteten hebt deren Recht zum Fortbezug der
schädigungsrente rechtlich nicht auf. 30. — 15. Der verletzte Arbeiter ist nicht verp
die ihm verbliebene Arbeitskraft gerade im Dienst des Haftpflichtigen zu verwerthen. 2
16. Hat das die früher zuerkannte Entschädigungsrente herabmindernde Urtheil cons
oder nur declaratorische Kraft? 31. — 17. Ebenso. Beginn der Minderung mit Zus
der Klage. 213. — 18. Verjährung der Schadensersatzansprüche. 130.

C. Beschädigung durch Sachen. 1. Cautio damni infecti nicht wegen
fährdung vorüberpassirender Menschen. 287. — 2. Cautio damni infecti nur
Beeinträchtigung eines Rechts, nicht wegen Entziehung bloß thatsächlicher Vortheile. 32
3. Solidarische Haftung des Eigenthümers eines Thiers für den Schaden, den das
in Gemeinschaft mit dem Thier eines Dritten angerichtet hat. 286.

D. Obligationen auf Vorzeigen von Sachen. Kein Anspruch eines Pf
gläubigers eines Handelsgesellschafters gegen diesen auf Edition der Handlungsbücher
Gesellschaft. 49.

E. Obligationen aus der Bereicherung auf Kosten eines Ande
1. Cond. indeb. und actio doli, wenn der Schuldner nach rechtskräftigem bed
Endurtheil vor dem Purificationserkenntniß in der Annahme, daß er pure verurth
gezahlt hat. 214. — 2. Rechtliche Bedeutung der verschiedenen Alternativen des Art.
des HGB. bezüglich der Befugniß des Käufers, das gezahlte Kaufgeld von dem säu
Verkäufer zurückzufordern. 62. — 3. Rückforderung der Brautgeschenke, wenn die Ehe
zu Stande gekommen ist; Beweislast hinsichtlich der Verschuldung. 81. — 4. Cond.
causa auf Befreiung von einer ohne Rechtsgrund übernommenen Verbindlichkeit. 11
5. Kann der Verkäufer auf Grund des Eigenthumsvorbehalts den Erlös der beim Sch
gepfändeten und verkauften Sachen von dem damit befriedigten Gläubiger condiciren?

F. Obligationen aus Expropriationen und Straßenbauten. 1.
schädigung wegen gesetzlicher Aufhebung eines Realprivilegiums. Begründung der
146. — 2. Entschädigungsansprüche des Pächters eines enteigneten Grundstücks. 2
3. Haftung des Reichsfiscus nach dem Gesetz v. 21. Decbr. 1871, die Beschränkung
Grundeigenthums in der Umgebung der Festungen betr., in Ansehung damals

hender Festungen. 217. — 4. Die cautio damni inf. kann nur wegen Beeinträchtigung Rechts, nicht wegen Entziehung bloß thatsächlicher Vortheile (durch Eisenbahnanlagen) gt werden. 32. — 5. Zwangsenteignung: Schätzung als Baugrund. 33. — 6. Des-, Werthsermittlung eines zu einer Ziegelei gehörigen Grundstücks. 216.

G. Obligationen aus Staatsverhältnissen. Befugnisse und civilrechtliche wortlichkeit derjenigen Militärbefehlshaber, auf welche während eines nach Art. 68 eutschen Reichsverfassung erklärten Kriegszustandes die vollziehende Gewalt übergegangen 27. — Vgl. auch vorstehend F. Ziff. 1, 3.

Vierter Abschnitt.

Von den Familienrechten.

Hauptstück I. Von der Ehe.

I. Eingehung der Ehe. Verlöbniß. 1. Die Klage auf richterliche Ergänzung terlichen Einwilligung in die Ehe der Kinder steht nach Reichsgef. v. 6. Febr. 1875 nur den großjährigen Kindern zu. 34. — 2. Zur Begründung der Klage auf Nichtigkeit Ehe wegen fehlender Virginität genügt nicht die Behauptung der Schwangerschaft zur der Eheschließung. 79. — 3. Rückforderung der Brautgeschenke, wenn die Ehe nicht stande gekommen ist. Beweislast hinsichtlich der Verschuldung. 81.

II. Ehescheidung. 1. Mißhandlung als Ehescheidungsgrund. 35. — 2. Unzüchtige ungen als Ehescheidungsgrund, insbesondere als Compensationsgrund gegen zuge- nen wirklichen Ehebruch. 131. — 3. Ehescheidung wegen versuchten Inceste? 132. — scheidung wegen böslicher Verlassung; Umfang des richterlichen Ermessens. 295. — m Mißerfolg der Trennung von Tisch und Bett tritt nicht ohne Weiteres Ehescheidung 33. — 6. Verzicht auf Ehescheidung gegen Geldversprechen. 134. — 7. Verpflichtung huldigen Ehemanns zur Alimentirung der geschiedenen Frau. 218. — 8. Desgleichen nd des Scheidungsprocesses; Behauptung des Vermögens gehört nicht zur Klag- bung, auch nicht, wenn Geld statt Naturalverpflegung verlangt wird. 78. — 9. Inwieweit geschiedene schuldige Gatte zum Zutritt und Umgang mit den Kindern berechtigt? — 10. Recht des Ehemanns auf Beitreibung der versprochenen dos bei zeitweiliger nung. 37. 220. — 11. Alimentation einer getrennt lebenden Ehefrau, der ein Theil gebrachten zu eigener Verwaltung vorbehalten wurde. 36.

III. Persönliches Rechtsverhältniß der Ehegatten, vgl. vorstehend II. Ziff. 9.

IV. Eheliche Vermögensrechte.

A. Allgemeines. Der Ehemann hat an dem in der Leibzucht seiner Frau n Vermögen ihres früheren Ehemanns dieselben Rechte wie an deren eigenem gen. 46. — S. auch vorstehend II. Ziff. 7, 8, 11.

B. Schenkungen unter Ehegatten. 1. Schenkung unter Ehegatten, mortis divortii causa. 135. — 2. In der vertragsmäßigen Einführung ehelicher Güter- schaft liegt keine Schenkung unter Ehegatten. 221.

C. Von der *dos* und den Paraphernen. 1. Klagbarkeit eines Dotalversprechens. — 2. Recht des Ehemanns auf Beitreibung der versprochenen dos bei zeitweiliger nung. 37. 220. — 3. Alimentation einer getrennt lebenden Ehefrau, der ein Theil gebrachten zu eigener Verwaltung vorbehalten wurde. 36.

D. Deutsch-rechtliche Güterverhältnisse. 1. s. vorstehend unter A. — 2. In ragsmäßigen Einführung ehelicher Gütergemeinschaft liegt keine Schenkung unter n. 221. — 3. Kann die Ehefrau eines verstorbenen Wechselschuldners, über dessen n Concurs erkannt ist, wechselmäßig in Anspruch genommen werden, weil sie nach treffenden ehelichen Güterrecht für die vom Mann während der Ehe contrahirten

sog. Societätsschulden haftet? 38. — 4. Lübsches Recht. „Bergen und Dachdingsauftrag Jeder Erwerb des überlebenden beerbten Ehegatten, auch der Alimentations- und Pens anspruch, fällt in die fortgesetzte Gütergemeinschaft. 39.

E. Vermögensnachtheile bei der Ehescheidung. Verpflichtung des schuld Ehemanns zur Alimentirung der geschiedenen Frau. 218.

F. Nachtheile der zweiten Ehe. 1. Vermögensrechtliche Nachtheile der gehung einer 2. Ehe. Die Nov. 22 c. 46 betrifft nur die wiederheirathende Mutter. 40. 2. Cautionspflicht des coniux binub. seinen Kindern 1. Ehe gegenüber. 136.

G. Ehepacten. 1. In der vertragsmäßigen Einführung ehelicher Gütergemeins liegt keine Schenkung unter Ehegatten. 221. — 2. Anfechtung der vertragsmäßigen hebung der ehelichen Gütergemeinschaft wegen betrüglicher Verschweigung von Thats Beweislast hinsichtlich der Kenntniß des Mitcontrahenten von diesen Thatsachen. 254.

Hauptstück 2. Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

I. Alimentationsverhältnisse zwischen Ascendenten und Descenden Pecul. advent. irregulare. Alimentationsansprüche der Kinder in einem von Gläubigern Vaters gegen diesen eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahren. 222.

II. Ueber Erziehung und Ausstattung der Kinder. 1. Inwieweit ist geschiedene Gatte, dem das Erziehungsrecht nicht zukommt, zum Zutritt und Umgang den Kindern berechtigt? 296. — 2. Dotationspflicht bei der Einkindschaft. 223. — 3. Klage auf richterliche Ergänzung des elterlichen Heirathsconsenses steht nach Reichsg 6. Febr. 1875 § 32 nur den großjährigen Kindern zu. 34.

III. Väterliche Gewalt; insbesondere von den Peculien. 1. Haf des Vaters für Verschulden des Sohnes bei der aquil. Klage. 204. — 2. Begründung Klage gegen ein Hauskind aus einem vom Vater kraft väterlicher Gewalt für d aufgenommenen Darlehn. 297. — 3. Pecul. advent. irregulare. Alimentationsans der Kinder in einem von Gläubigern des Vaters gegen diesen eingeleiteten Zwang streckungsverfahren. 222. — 4. Durch Testament eines Ascendenten kann dem V Nießbrauch und Verwaltung an dem seinen Kindern von jenem hinterlassenen Verm entzogen werden. 41.

IV. Deutsch-rechtliche Vermögensverhältnisse zwischen Eltern u Kindern. 1. Zur Veräußerung von Mündelgut durch Einkindschaft bedarf es k decr. de alienando. 137. — 2. Dotationspflicht bei der Einkindschaft. 223.

Hauptstück 3. Von der Vormundschaft und den Güterverwaltungen.

1. s. vorstehend 2. Hauptst. III. Ziff. 2. — 2. s. daselbst IV. Ziff. 1. — 3. Prov führungsbefugniß des Erbschaftscurators. 138.

Fünfter Abschnitt.

Das Erbrecht.

Hauptstück 1. Delation der Erbschaft.

I. Im Allgemeinen. Statutencollision bezüglich des Rechts auf Erwerbung e dem Gemeinschuldner deferirten Erbschaft. 90.

II. Testamentarische Erbfolge. 1. Auslegung eines Testaments; Rü auf die muthmaßliche Absicht des Testators. Universalfideicommiß oder Substitut Bedeutung des Ausdrucks „Kinder" bei Substitutionen. — Die Substitution auf Erbtheil enthält nicht zugleich eine solche auf das Prälegat. 298. — 2. Sct. Liboni auch auf formlose letztwillige Verfügungen anwendbar und Beweis der Uebereinstimmu Niedergeschriebenen mit dem Willen des Erblassers zulässig? 224.

III. Erbfolge aus Verträgen. Intestatcodicill oder Vermächtnißvertrag? Unzulässigkeit der Conversion einer codicillarischen Verfügung in einen Erbvertrag. 142.

Hauptstück 2. Von dem Erwerb und dem Verlust der Erbschaft.

1. Proceßführungsbefugniß des Erbschaftscurators. 138. — 2. Statutencollision bez. des … auf Erwerb der dem Gemeinschuldner deferirten Erbschaft. 90. — 3. Die Nachfolge im …lienfideicommiß ist nicht durch Antritt der Allodialerbschaft bedingt. 44. — 4. Benef. …tarii; Erfordernisse. 139. — 5. Pflicht zur eidlichen Nachlaßspecification. 171. — …bschaftsbesitz pro possessore. Passivlegitimation bei der Erbschaftsklage; Berufung …klagten auf Erwerb durch Specialtitel; Beweislast. Zeitpunct für Geltendmachung von …tionseinreden. 140. — 7. Passivlegitimation bei der hered. pet. gegen eine Person, … auf Grund angeblichen Legats aus einem nach Behauptung des Klägers ungültigen …ment Besitz ergriffen hat. 141.

…ptstück 3. Codicille. Vermächtnisse. Universalfideicommisse. Schenkung von Todeswegen.

1. Form der Testamentsschedeln; Gerichtsgebrauch. 42. 299. — 2. Intestatcodicill … Vermächtnißvertrag; Unzulässigkeit der Conversion einer codicillarischen Verfügung in … Erbvertrag. 142. — 3. Sct. Libonianum; ob auch anwendbar auf formlose letzt… Verfügungen und ob der Beweis der Uebereinstimmung des Niedergeschriebenen …em Willen des Erblassers zuzulassen? 224. — 4. Vermächtniß an eine gemeinnützige …tanstalt. 93. — 5. Universalfideicommiß oder Substitution? Die Substitution auf …Erbtheil enthält nicht eine solche auf das Prälegat. Accrescenzrecht bei (Universal-) …chtnissen. 298. — 6. Familienstiftung; Recht der Anwärter auf Rechnungsablage gegen …erwalter der Stiftung. 300. — 7. Characteristisches der mortis causa donatio. 225. — …henkung unter Ehegatten, mortis causa, divortii causa. 135.

Hauptstück 4. Notherben- und Pflichttheilsrecht.

1. Die Pflichttheilsklage ist beim Ansatzvertrage ausgeschlossen. 45. — 2. Pflichttheils-… bei zu Lebzeiten des Erblassers erfolgter sog. erfrühter Erbfolge in den Bauerhof. — 3. Verzeihung wegen eines Enterbungsgrundes. 301. — 4. Inofficiöse Schenkung. …ennung derselben bei Lebzeiten des Schenkers schließt die Anfechtung aus. 43. — …urch Testament eines Ascendenten kann dem Vater Nießbrauch und Verwaltung an …seinen Kindern von jenem hinterlassenen Vermögen entzogen werden. 41.

Sechster Abschnitt.

Von besonderen deutsch-rechtlichen Güterverhältnissen.

Hauptstück 1. Von den verschiedenen Arten der Güter.

1. Die Nachfolge im Familienfideicommiß ist nicht durch Antritt der Allodial-…aft bedingt. 44. — 2. Familienstiftung; Recht der Anwärter auf Rechnungsablage … den Stiftungsverwalter. 300. — 3. Pflichttheilsrecht bei der sog. erfrühten Erbfolge …m Bauerhof. 143. — 4. Die Pflichttheilsklage ist beim Ansatzvertrage ausgeschlossen. — 5. Verzinsung von Abfindungen. 13. — Vgl. unten 2. Hauptst. Ziff. 2.

…ptstück 2. Von besonderen dinglichen Rechten, Lasten und Eigenthumsbeschränkungen.

1. Zum Begriff des Losungsrechts (Retractsrechts). Schranken der Privatautonomie …gründung von Losungsrechten. 144. — 2. Der Besteller einer Reallast (bäuerlichen …heils) begründet nicht neben der Verpflichtung jeden Besitzers noch für sich selbst eine …liche Verbindlichkeit. Der Besitz des Beklagten z. Z. der Fälligkeit der bezüglichen

Leistungen gehört zur Begründung der Klage 47. — 3. Singularsuccessors. 145. — 4. Ueber die Uebertragbar berechtigungen. 302. — 5. Der Ehemann hat an dem Vermögen ihres früheren Ehemanns dieselben Rechte 46. — 6. Entschädigung wegen gesetzlicher Aufhebung der Klage? Entstehung der Realprivilegien durch Vertr Gutsherrschaften. 146. — 7. Bergrecht. Ueber die Rech in ihnen noch befindlichen Mineralien. Die Muthung gel Lagerstätte, nicht auf ein bestimmtes Mineral. 303. — Schullast aus herkömmlicher Leistung auch bei verm des Pfarrers an dem Pfarrgrundstück; Ersitzung einer Pfarrer. 147.

Siebenter Abschni

Handels- und Wechselrecht. Gew Versicherung. Inhabe

Hauptstück 1. Handels

I. Vom Handelsstande. 1. Sind Gastwirth 2. Annahme einer neuen Firma. Die Ortsverschiedenh bereits bestehenden Firmen. 226. — 3. Die Fortführun Firma ist an die Fortsetzung des übernommenen G 4. Gegen die Klage des eingetragenen Firmeninhaber eingetragenen Waarenzeichens findet die Einrede, daß nicht berechtigt sei, nicht statt. 163. — 5. Anspruch ein gesellschafters gegen diesen auf Edition der Handelsbü gültigkeit der vom Handlungsbevollmächtigten nach Principal abgeschlossenen Geschäfte. 52. — 7. Die über den Umfang der Vollmacht eines Handlungsb Verhältniß zwischen dem Principal und dem Bevol reisende kann die Forderung seines Principals d zum Erlöschen bringen, daß er seine eigene Schuld Handlungsgehülfe einer Handelsgesellschaft ist als einzelnen Gesellschafter verpflichtet. 227. — 10. nicht zu den Handlungsgehülfen im Sinn des G

II. Von den Handelsgesellschafte

A. Offene Handelsgesellschaft. Betreibung eines Handelsgeschäfts unter de Handelsgesellschaft. 305. — 2. Die Gesellschaf Gesellschaftsschulden nicht bloß subsidiarisch, barung mit den bekannten Concursgläubig 3. Solidarische Haftung der Gesellschafter fü 4. Eidesleistung einer offenen Handelsgesellsc eines Gesellschafters gegen diesen auf Ed 6. Der Eid ist von sämmtlichen Liquidat allein zur Vertretung der Liquidations gesellschafters gegen den andern auf Auflösung Verjäh

Verjährung der Klage gegen die Gesellschafter nach Art. 146 ff. des HGB. gilt nicht im Fall der Auflösung der Gesellschaft durch Gesellschaftsconcurs. 54.

B. Commanditgesellschaft. 1. Bei der einfachen Commanditgesellschaft haftet der Commanditist den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar nach Maßgabe seiner eingetragenen Einlage. 307. — 2. Der Commanditist haftet auch mit dem nicht eingetragenen Theil seiner Einlage, auch wenn diese erst nachträglich erhöht wurde. 308.

C. Actiengesellschaft. 1. Actiengesellschaften sind ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihres Unternehmens als Handelsgesellschaften anzusehen. 232. — 2. Actiengesellschaften sind keine Societäten. 55. — 3. Dem Einzelactionär steht während des Bestehens der Gesellschaft auch namens der Gesellschaft eine Klage auf Schadensersatz zur Gesellschaftskasse bzw. Liquidationsmasse gegen die Organe der Gesellschaft nicht zu. Rechtliche Natur der Actiengesellschaft. 56. — 4. Die statutarische Bestimmung, daß der Zeichner von Namensactien sich seiner Verpflichtungen durch Nichteinzahlung des gezeichneten Betrages selbst entledigen könne (Art. 220 Abs. 2 des HGB.), ist unzulässig. 309.

III. Von den Handelsgeschäften.

A. Im Allgemeinen. 1. Ist es ein Handelsgeschäft, wenn ein Kaufmann die Lieferung von Fensterglas und die Verglasung der Fenster eines Gebäudes damit übernimmt? 233. — 2. Inwiefern sind Gastwirthe als Kaufleute und die von ihnen abgeschlossenen Handelsverträge als Handelsgeschäfte anzusehen? 148. — 3. Die Bestimmung über gestohlene Gegenstände im Art. 306 Abs. 4 des HGB. ist auf unterschlagene Sachen nicht auszudehnen. 57. — 4. Die Außerachtlassung der Verkaufsformen des Art. 315 des HGB. entzieht dem Gläubiger nicht das Recht, sich aus dem Erlöse vorzugsweise zu befriedigen. 234. — 5. Zur Auslegung der Vorschrift des Art. 317 des HGB., betr. die Formlosigkeit der Handelsgeschäfte. 310. — 6. Die Annahme einer Vertragsofferte unter Hinzufügung einer Modalität enthält eine neue Vertragsofferte. 270. — 7. Erfüllungsort. 88. — 8. Die Clausel der Absendung „franco N. N." macht den Ort N. N. nicht zum Erfüllungsort. Ist der vom Wohnort des Verkäufers verschiedene Ort der Absendung als Erfüllungsort anzusehen? Beweislast beim Streit darüber, ob der Verkäufer die dem pränumerirten Preise entsprechende Quantität Waaren geliefert habe. 235. — 9. Gesetzlicher Erfüllungsort für die Zahlung. Kann der Verkäufer denselben durch die Facturenclausel „zahlbar hier" einseitig abändern? Auslegung der Verabredung: „in G." (der Handelsniederlassung des Verkäufers) zu zahlen. 311. — 10. Stillschweigender Verzicht auf mittlere Art und Güte der Waare? Befugniß zu theilweiser Redhibition. 116.

B. Kauf, Lieferungsgeschäft. 1. Genus- oder Specieskauf? Verzicht auf mittlere Art und Güte der Waare? Befugniß zu theilweiser Redhibition. 116. — 2. Klage auf den Kaufpreis; die Behauptung, daß die Waare in Commission geliefert sei, ist zugnen des Klaggrundes. 325. — 3. Kauf auf Probe. Genehmigung der Waare durch Stillschweigen. Inwiefern bedarf es einer vorgängigen Aufforderung an den Käufer, sich zu erklären? 150. — 4. Kauf nach Probe. Der Art. 355 des HGB. ist auf den Fall vertragswidriger Lieferung der Waare nicht zu beziehen. Die ädilitischen Rechtsmittel gelten auch beim Handelskauf. 151. — 5. Deposition der verkauften Waare durch den Verkäufer im Fall des Verzugs des Käufers. 152. — 6. Bei der im Art. 343 Abs. 2 des HGB. erwähnten Androhung bedarf es nicht der Angabe, ob öffentlich oder nicht öffentlich verkauft werden soll. 312. — 7. Abänderung der im Art. 343 des HGB. aufgestellten Formen des Selbsthülfeverkaufs durch Vertrag. 236. — 8. Selbsthülfeverkauf bei der bereits übergebenen Waare. Begriff des Empfangnahmeverzugs. 237. — 9. Rechtzeitige Mängelanzeige nach Art. 347 des HGB. Bedeutung des Worts „Ablieferung". 59. — 10. Feuchtigkeit einer Waare ist Qualitäts-, nicht Quantitätsmangel; Beweislast. 58. — 11. Der Art. 347 des HGB. (sofortige Mängelanzeige ꝛc.) ist nicht anwendbar, wenn beim Gattungskauf Waaren anderer Gattung geliefert sind. Ueber den Begriff der Gattungs-

verschiedenheit. 60. — 12. Ueber die Anwendbarkeit des Art. 347 des HGB. Viehhandel. 153. — 13. Dem verurtheilten Verkäufer steht dann, wenn der Käufe Executionsinstanz in Annahmeverzug geräth, das Rücktrittsrecht aus Art. 354 bei nicht zu. 61. — 14. Rechtliche Bedeutung der verschiedenen Alternativen des Art. HGB. in Beziehung auf die Befugniß des Käufers, das gezahlte Kaufgeld v säumigen Verkäufer zurückzufordern. 62. — 15. Die vorbehaltlose Annahme ein späteten Lieferung enthält an sich noch keinen Verzicht auf die Schadensersatza wegen der Verspätung. 313. — 16. Bedeutung der in Kaufverträgen über zu vers oder schwimmende Waaren festgesetzten Abladezeit. 63. — Vgl. oben III. A. Ziff.

C. Commission. Vgl. B. Ziff. 2. — Der Eintritt des Commissionärs als contrahent nach Art. 376 des HGB. ist an keine zeitliche Grenze, namentlich nicht Zeitpunkt der Ausführungsanzeige gebunden. 314.

D. Spedition. 1. Rechtsverhältniß des Zwischenspediteurs bezüglich der Er von Auslagen seines Vormanns. 64. — 2. Der Verkäufer, welcher den Spedition im eigenen Namen geschlossen hat, kann das Erfüllungsinteresse als sein eigenes g Spediteur einklagen. 66. — 3. Die Verjährung aus Art. 386 des HGB. find Anwendung, wenn die verlornen oder beschädigten Güter dem Spediteur nur z bewahrung übergeben waren. 65.

E. Frachtgeschäft. 1. Der Frachtführer ist zur Einkassirung vom Ex durch Gesetz verpflichtet; sein Regreß an den Absender ist durch Geltendmachung zur Erfüllung jener Verpflichtung gesetzlich eingeräumten Rechte bedingt. Frachtb Ladeschein? 240. — 2. Haftung des ersten Frachtführers für die eigenmächtige Abä des Frachtbriefs durch den spätern Frachtführer. Sie wird nicht ausgeschlosse Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht. 315. — 3. Kann vom Absen Abgang des Frachtguts auf Grund des Art. 402 des HGB. der Rücktransport d nach dem Ort der Absendung ohne Abschluß eines neuen Frachtvertrages verlangt 68. — 4. Irrthümliche Aushändigung der Waare an den ursprünglichen Destinat den Frachtführer, nachdem der Absender die Aushändigung revocirt hatte. einem Distanzgeschäft durch Aushändigung der Waare an den Frachtführer das Ei auf den Käufer über? 238. — 5. Begriff der Aushändigung des Frachtguts im S Art. 403 des HGB. 239. — 6. Die Bestimmung des Art. 563 Abs. 1 des HGB. den Transport von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern nicht anzuwenden. 67.

IV. Seehandel.

1. Wer trägt die Kosten der Löschung, der Unterbringung der Waare am und der Wiedereinladung, wenn ein Schiff während bzw. vor Antritt der Reise werden muß? 154. — 2. Die Bestimmung des Art. 563 Abs. 1 des HGB. ist a Transport von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern nicht anzuwenden. 67. — 3. Bedeutung der in Kaufverträgen über zu verschiffend schwimmende Waaren festgesetzten Abladezeit. 63. — 4. Inwiefern können die E ständigen bei der nach Art. 609 und 610 des HGB. vorzunehmenden Besichtigu Untersuchung des Frachtguts sich der Hülfe Anderer bedienen? 69. — 5. Ver Ersatzanspruchs in Folge beiderseitigen Verschuldens beim Zusammenstoß von (Art. 737 des HGB.); auch dann, wenn die Besatzung eines anderen, gleichfa Rhederei des beschädigten Schiffs gehörigen Schiffs mitschuldig ist. 316.

Hauptstück 2. Wechselrecht.

I. Erfordernisse eines gezogenen Wechsels (Art. 4—7). 1. Be des Remittenten. 247. — 2. Fehlende Jahrszahl bei Bezeichnung der Zahlungszei 3. Zahlungszeit „bis zum 1. November 1878". 317. — 4. Exc. doli wegen unbe Ausfüllung gegen die Klage aus einem Blancoaccept. 73. 327.

II. Indossament (Art. 9—17). 1. Für die Compensabilität einer Wechselforderung im Concurse des Acceptanten ist nicht der Zeitpunct der Einlösung des Wechsels im Regreßwege, sondern der des früheren Wechselerwerbes entscheidend. 174. — 2. Klage aus einem unausgefüllten Blancoindossament. 72. — 3. Activlegitimation des Inhabers eines Wechsels, auf welchem sich unter dem Blancoindossament des Trassanten ein Blancoindossament des Klägers befindet. 71. — 4. Regreß des Indossatars gegen einen Vorindossanten; Einrede, daß die Regreßklage im Auftrage des Wechselausstellers angestellt sei; Replik: dem Indossament des Beklagten liege eine Bürgschaft zu Gunsten des Ausstellers zum Grunde. 245. — 5. Aus der Annahme des Auftrags zum Incasso eines Wechsels folgt an sich nicht die Uebernahme der Verpflichtung zur Einklagung des Wechsels. 318.

III. Wechselaccept (Art. 21—24). 1. Domicilvermerk, dem Accept hinzugefügt, insbesondere bei Acceptation auf einem unausgefüllten Wechselformular. 319. — 2. Klage aus einem Blancoaccept. Exc. doli wegen unberechtigter Ausfüllung des Wechsels. 73. Ebenso; Beweislast. 327. — 3. Begründung der Revalirungsklage des Trassaten. Gefälligkeitsaccept. 283. — 4. Domicilwechsel ohne benannten Domiciliaten. Bedeutung des Ausdrucks „zahlbar bei". 155. — 5. Domicilwechsel mit benanntem Domiciliaten. Bedeutung des Ausdrucks „zahlbar an der ꝛc. Kasse". 156.

IV. Erfüllung der Wechselverbindlichkeit (Art. 30—40). 1. Zahlungszeit „bis zum 1. November 1878". 317. — 2. Fehlende Jahrszahl bei Bezeichnung der Zahlungszeit. 70. — 3. Vgl. III. Ziff. 2 u. 3. — 4. Klage aus einem mit einem nicht durchstrichenen Quittungsvermerk des Klägers versehenen Wechsel. 157.

V. Regreß mangels Zahlung (Art. 41—55). 1. Domicilwechsel ohne benannten Domiciliaten bedürfen zur Erhaltung des Wechselanspruchs gegen den Acceptanten nicht der Protesterhebung. 155. — 2. Dürfen die Proceßkosten der Wechselregreßklage von dem Verklagten, der sich an seinen Vormann wechselmäßig weiter regressirt, in die Wechselregreßsumme eingerechnet werden? 158. — S. ferner vorstehend II. Ziff. 1, 4, 5; III. Ziff. 1, 5.

VI. Abhanden gekommene Wechsel (Art. 73, 74). Amortisation eines Blancoaccepts auf Antrag je nachdem des verlierenden Acceptanten oder Trassanten. Klage des amortisirenden Trassanten auf Zahlung der Wechselsumme gegen den Blancoacceptanten? 241.

VII. Falsche Wechsel (Art. 75, 76). 1. Interlineaturen in Wechseln und Beweisurkunden. 320. — 2. Fälschung der Wechselsumme. Die desfallsige Einrede kann gegen jeden Inhaber des Wechsels vorgeschützt werden. 159. — 3. Fälschung eines Wechsels durch Aenderung des Tages der Fälligkeit. Beweislast. 242.

VIII. Wechselverjährung (Art. 77—80). Die dem Aussteller eines eigenen Wechsels gewährte Prolongation über die Verjährungszeit hinaus vernichtet nicht die Verjährungseinrede des dabei nicht zugezogenen Bürgen. 244. — Vgl. oben 1. Abschn. 2. Hauptst. III. Ziff. 1, 8.

IX. Klagerecht des Wechselgläubigers. Einreden (Art. 81—83). 1. Activlegitimation des Inhabers eines Wechsels, auf welchem sich unter dem Blancoindossament des Trassanten ein Blancoindossament des Klägers befindet. 71. — 2. Klage aus einem unausgefüllten Blancoindossament. 72. — 3. Klage des amortisirenden Trassanten auf Zahlung der Wechselsumme gegen den Blancoacceptanten? 241. — 4. Haftung des Genossenschafters aus Wechselverbindlichkeiten des Genossenschaftsvorstandes. 178. — 5. Kann die Ehefrau eines verstorbenen Wechselschuldners, über dessen Nachlaß Concurs erkannt ist, aus dem Grunde wechselmäßig in Anspruch genommen werden, weil sie nach dem betr. ehelichen Güterrecht für die von dem Mann während der Ehe contrahirten sog. Societätsschulden haftet? 38. — 6. Solidarische Haftung der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für die Wechselschulden der Gesellschaft. 229. — 7. Interlineaturen in

Wechseln und Beweisurkunden. 320. — 8. Dürfen die Proceßkosten der Wechselregreßklage von dem Beklagten, welcher sich an seinen Vormann wechselmäßig weiter regressirt, in die Regreßsumme eingerechnet werden? 158. — 9. Die Verjährungseinrede des Bürgen wird nicht vernichtet durch die dem Aussteller des eigenen Wechsels gewährte Prolongation. 244. — 10. Wird der Bürge dadurch befreit, daß der Gläubiger dem Hauptschuldner die Zahlungszeit prolongirt? 243. — 11. Exc. doli gegen die Klage aus einem Blancoaccept wegen unberechtigter Ausfüllung des Wechsels. 73. 327. — 12. Dem Indossatar, welcher gegen einen Vorindossanten im Regreßwege klagt, kann die Einrede entgegengesetzt werden, die Regreßklage sei im Auftrage des Wechselausstellers angestellt; Replik: dem Indossament des Beklagten liege eine Bürgschaft zu Gunsten des Ausstellers zu Grunde. 245. — 13. Einrede der Fälschung s. oben VII. Ziff. 2, 3.

X. Wechselprotest (Art. 87—90). Verhalten des Notars, wenn er den Wechselschuldner persönlich in dessen Geschäftslocal nicht antrifft. 246.

XI. Eigene Wechsel (Art. 96—100). 1. Bezeichnung des Remittenten; Verletzung des Art. 96 Nr. 3 der WO. 247. — 2. Zahlungszeit „bis 1. November". 317. — Vgl. auch oben VIII.

Hauptstück 3. Gewerberecht. Nachdruck. Versicherung. Papiere auf Inhaber.

I. Gewerberecht. 1. Entschädigung wegen gesetzlicher Aufhebung von Realprivilegien; Entstehung derselben durch Vertrag oder Verleihung von Klöstern und Gutsherrschaften? 146. — 2. Vertragsmäßige Beschränkung der Gewerbefreiheit. 106. 196. — 3. Klage auf Schadensersatz aus § 107 der Gewerbeordnung. 160. — 4. Markenschutz. Gebrauch ausländischer Wappen. 161. — 5. Freizeichen als Bestandtheile von Waarenzeichen. 162. — 6. Klage des eingetragenen Firmeninhabers auf Schutz des eingetragenen Waarenzeichens; Unzulässigkeit der Einrede, daß Kläger nicht zur Führung der Firma berechtigt sei. 163.

II. Nachdruck. Urheberrecht an Schriftwerken; wissenschaftliche Artikel, zuerst in Zeitschriften, dann als besonderes Werk in Verlag gegeben, dürfen vom Autor nicht anderweitig herausgegeben werden. 248.

III. Versicherung. 1. Kann gegen eine im Versicherungsvertrag vereinbarte Frist Restitution ertheilt werden? 92. — 2. Anwendung der Verwirkungsclauseln in Versicherungsbedingungen. 249. — 3. Feuerversicherungsvertrag wird durch Verkauf der versicherten Sachen aufgehoben, auch bei ausbedungenem Rückkauf; Einfluß des Concurses des Versicherten. 164. — 4. Unfallversicherung; Unfall durch übertriebenen Diensteifer des Versicherten. 272. — 5. Lebensversicherungsvertrag zu Gunsten Dritter; Wirksamkeit zu Lebzeiten des Versicherten. 165.

II. Civilproceß.

Hauptstück 1. Collision von Proceßgesetzen.

1. Einfluß der d. CPO. und CO. auf die unter der früheren Proceßgesetzgebung verfügte Beschlagnahme eines Diensteinkommens. Ueber die rückwirkende Kraft neuer Gesetze. 321. — 2. Die in der d. CO. ausgesprochene Aufhebung des dem Tridar zustandigen benef. compet. findet keine Anwendung auf die vor dem 1. Octbr. 1879 eröffneten Concurse. Ueber die rückwirkende Kraft neuer Gesetze. 322. — Vgl. Civilrecht 1. Abschn. 1. Hauptst. VI. Ziff. 5.

Hauptstück 2. Von dem Gegenstande des Rechtsstreits.

Präjudicialsachen, vgl. Civilrecht 1. Abschn. 2. Hauptst. II.

Hauptstück 3. Von den Subjecten des Rechtsstreits.

I. Vom Gericht. Zulässigkeit der Einrede des Schiedsvertrags, auch wenn das Zustandekommen des Schiedsgerichts nicht von vorn herein feststeht. 120. — 2. Natur und

Wirkungen der Einrede des Schiedsvertrags; kann der auf Grund einer solchen sich für incompetent erklärende Richter solche Streitpuncte, welche an sich vor den ordentlichen Richter gehören, von Amtswegen vorweg entscheiden? 121. — 3. Die Geschäftsvertheilung bei einem Amtsgericht mit mehreren Richtern ist ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Amtshandlungen des einzelnen Amtsrichters. 323.

II. Von den streitenden Theilen. 1. Berechtigung einer eingetragenen Genossenschaft zur Geltendmachung der von dem früheren, in die Genossenschaft übergeleiteten Personenverein erworbenen Forderungen. 268. — 2. Legitimation zur Einklagung der Sparkasseneinlage, wenn das Buch auf den Namen eines Dritten gestellt ist. 17. — 3. Alimentenklage der unehelichen Mutter. 28. — 4. Dem Einzelactionär steht während des Bestehens der Actiengesellschaft auch namens derselben keine Klage auf Schadensersatz zur Gesellschaftskasse bzw. Liquidationsmasse gegen die Organe der Gesellschaft zu. 56. — 5. Die Klage auf richterliche Ergänzung der elterlichen Einwilligung in die Ehe steht nach Reichsges. v. 6. Febr. 1875 § 32 nur großjährigen Kindern zu. 34. — 6. Legitimation zur Beschwerdeführung bei verweigerter Rechtshülfe. 82. — 7. Passivlegitimation bei der Erbschaftsklage, Berufung des Beklagten auf Erwerb durch Specialtitel. 140. — 8. Passivlegitimation bei der hor. pet. gegen eine Person, welche auf Grund eines angeblichen Legats aus einem nach Behauptung des Klägers ungültigen Testament Besitz ergriffen hat. 141. — 9. Vgl. ferner Civilrecht 7. Abschn. 2. Hauptst. (Wechselrecht) VI. und IX. Ziff. 1—6. — 10. Die Klagerhebung als solche giebt keinen Entschädigungsanspruch gegen den abgewiesenen Kläger wegen inzwischen eingetretener Verschlechterungen des Proceßobjects. 12. — 11. Streitgenossen; inwiefern nützt das von einem derselben eingelegte Rechtsmittel auch dem anderen? 74.

III. Von den Nebenpersonen im Proceß. 1. Anwaltszwang bei der Beschwerde (§§ 74, 532 der CPO.). 250. — 2. Sind die beim beschwerenden oder beim Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsanwälte zur Einreichung der Beschwerde befugt? 324. — 3. Proceßführungsbefugniß des Erbschaftscurators. 138.

Hauptstück 4. Von den Klagen und Einreden.

I. Von den Klagen. 1. Die Zwischenklage gegen die Pfändung wird nicht durch den Erwerb publicianischen Eigenthums vom Schuldner begründet. 83. — 2. Zur Begründung des Anspruchs des Vindicanten wider den Concurscurator gehört die Zahlung des Kaufpreises an den Cridar. 85. — 3. Begründung der Klage gegen ein Hauskind aus einem vom Vater kraft väterlicher Gewalt für dasselbe aufgenommenen Darlehen. 297. — 4. Klage auf Zahlung des üblichen oder angemessenen Kaufpreises; Einwand: es sei ein fester Preis verabredet. 167. 168. 169. — 5. Wer einen Anspruch auf Rechnungslegung hat, ist berechtigt, auch vor der Rechnungslegung seine Forderungen gegen den Rechnungspflichtigen einzuklagen. 118. — 6. Begründung der Revalirungsklage des Trassaten; Gefälligkeitsaccept. 283. — 7. Actio neg. gest. contr., die Nützlichkeit der Geschäftsführung ist nach der besonderen Lage des Geschäftsherrn zu beurtheilen. 22. — 8. Begründung der actio neg. gest. contr. wegen Bezahlung einer Schuld des Beklagten; präsumtive Nützlichkeit der Geschäftsführung. 75. — 9. Ebenso; Zahlung aus eigenen Mitteln. 76. — 10. Substantiirung der Klage aus Gesellschaft auf Theilung des Gewinns; Behauptung des Beklagten, daß er Auslagen gehabt habe. 77. — 11. Entschädigungsanspruch wegen durch widerrechtliche Verhaftung entzogenen Arbeitsverdienstes und verursachter Geschäftsverluste; Substantiirung desselben. 251. — 12. Operis novi nunt. und interd. demol, heutige Anwendbarkeit; Substantiirung des Interdicts. 207. — 13. Interd. quod vi aut clam, ist Nachweis eines Verbietungsrechts erforderlich? 124. 209; Besitz ist keine Voraussetzung für Anstellung desselben. 125. — 14. Zur Begründung der Klage auf Nichtigkeit der Ehe wegen fehlender Virginität genügt nicht die Behauptung der Schwangerschaft z. Z. der Eheschließung. 79. — 15. Alimentenklage der Ehefrau; Behauptung des Vermögens nicht erforderlich. 78. — 16. Rückforderung der Brautgeschenke, wenn die Ehe nicht zu Stande gekommen ist. 81. — 17. Der Besitz des Beklagten z. Z. der Fälligkeit der einzelnen Leistungen gehört zur Begründung der Klage aus der Reallast. 47. — 18. Begründung der Entschädigungsklage wegen gesetzlicher Aufhebung eines Realprivilegiums. 146. — 19. Begründung der Schadensersatzklage aus § 107 der Gewerbeordnung. 160. — 20. Ist die Klage eines ausgeschiedenen Genossenschafters auf seinen Geschäftsantheil zufolge § 39 Abs. 2 des Ges. v. 4. Juli 1868 nach beschlossener Liquidation zur Zeit abzuweisen? 94. 179. — 21. Klage eines Handelsgesellschafters gegen den andern auf Anerkennung einzelner streitiger Ansprüche nach Auflösung der Gesellschaft vor Beendigung des Liquidationsgeschäfts? 149.

II. Einlassung und Einreden. 1. Klage auf den Kaufpreis; die Behauptung, daß die Waare in Commission geliefert sei, enthält ein Leugnen des Klaggrundes. 325. — 2. Klage auf den üblichen oder werthentsprechenden Preis; ist die Behauptung, daß ein fester Preis verabredet sei, Leugnen oder Einrede? 167. 168. 169. — 3. Klage aus Gesellschaft auf Gewinntheilung; Behauptung des Beklagten, daß er in Aufrechnung zu bringende Auslagen gehabt habe. 77. — 4. Zeitpunct für Geltendmachung von Retentionseinreden gegen die Erbschaftsklage. 140. — 5. Einrede der Compensation gegenüber der Pfandklage. 9. — 6. Begründung der Zahlungseinrede. 110. — 7. Kann der Schuldner die Zahlung bis zur Quittungsertheilung oder Rückgabe des Schuldscheins zurückhalten? 16. 17. 18. — 8. Einrede anderweitiger Verwerthung der Arbeitskraft gegenüber der Klage auf Lohnzahlung. 256. — 9. Zulässigkeit der Einrede des Schiedsvertrages, auch wenn das Zustandekommen des Schiedsgerichts nicht von vorn herein feststeht. 120. — 10. Natur und Wirkungen der Einrede des Schiedsvertrages. 121. — 11. Wegfall der Einrede der Vorausklagung wegen arglistiger Ableugnung der Bürgschaft; Begründung der Arglist. 122. — 12 Berufung eines von mehreren Concumbenten auf Anerkennung der Vaterschaft und der Alimentationspflicht durch einen zweiten. 27. — 13. Die Alimentenklage der unehelichen Mutter ist nicht durch Unmöglichkeit der Ehelichung ausgeschlossen. 28. — 14. Erbschaftsklage; Berufung des Beklagten auf einen Erwerb durch Specialtitel; Beweislast. 140. — 15. Die Einrede der Fälschung der Wechselsumme kann gegen jeden Inhaber des Wechsels vorgeschützt werden. 159. — 16. Exc. doli wegen unberechtigter Ausfüllung eines Wechselblanketts. 73. 327. — 17. Klage des eingetragenen Firmeninhabers auf Schutz des für die Firma eingetragenen Waarenzeichens; Unzulässigkeit der Einrede, daß Kläger zur Führung der Firma nicht berechtigt sei. 163. — 18. Exc rei iud. und exc. lit. pend.; Uebergang derselben auf solche Singularsuccessoren, welche während des Processes erworben haben. 252.

Hauptstück 5. Ladungen. Ungehorsam. Rechtshängigkeit.

1. Herabminderung der nach dem Reichshaftpflichtgesetz zuerkannten Rente durch späteres Urtheil; Beginn der Minderung mit Zustellung der Klage. 213. — 2. Ist dem in contum. verurtheilten Beklagten im Wechselseparatum die eidliche Diffession seiner Unterschrift gestattet? 257. — 3. Vgl. vorstehend 4. Hauptst. II. Ziff. 18.

Hauptstück 6. Umfang des richterlichen Amts. Urtheil. Rechtskraft.

1. Stellung des Richters bei Anwendung ausländischen Rechts. 253. — 2. Beschlüsse der Organe einer eingetragenen Genossenschaft über die Bilanz unterliegen nicht der Nachprüfung des Proceßrichters. 2. — 3. Sind Proceßzinsen bei illiquidem Forderungsbetrage zuzusprechen? 10. — 4. Feststellung des Empfangsverzugs von richterlichen Amts wegen. 166. — 5. Kann der auf Grund der Einrede des Schiedsvertrags sich für incompetent erklärende Richter die an sich vor den ordentlichen Richter gehörenden Streitpuncte von Amts wegen vorweg entscheiden? 121. — 6. Richterliches Ermessen bei Prüfung der Frage, ob Geldleistung an Stelle der bedungenen Naturalleistung zu treten habe. 195. — 7. Desgleichen bei der Theilungsklage bezüglich der Zweckmäßigkeit einer vorgängigen theilweisen Umgestaltung der zu theilenden Sache. 23. — 8. Desgleichen bei der Ehescheidung wegen böslicher Verlassung. 295. — 9. Auslegung eines Urtheils aus den Entscheidungsgründen. 326. — 10. Der obsiegende Gläubiger braucht sich die Substituirung eines andern Befriedigungsmodus anstatt der Verurtheilung zur Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung nicht gefallen zu lassen. 80. — 11. Hat das die früher zuerkannte Rente aus dem Reichshaftpflichtgesetz herabmindernde Urtheil constitutive oder declaratorische Kraft? 31. 213. — Rechtskraft, vgl. oben Hauptst. 4 II. Ziff. 18; Hauptst. 5 Ziff. 2.

Hauptstück 7. Von dem Beweise.

I. Beweissatz. 1. Bei der Rescission eines Hauskaufs wegen dolus causam dans durch Verschweigen erheblicher Baumängel. 107. — 2. Bei der Klage auf Zahlung des verabredeten, event. des angemessenen und üblichen Preises. 169. — S. auch oben Civilrecht 5. Abschn. 1. Hauptst. II. Ziff. 3.

II. Beweislast. 1. Besitzmängel der Servitutenersitzung sind vom Eigenthümer des dienenden Grundstücks zu beweisen. 191. — 2. Klage auf Ersatz für den Verlust einer Forderung; Einwand: die Forderung habe keinen Werth gehabt. 255. — 3. Vertragsanfechtung wegen Betrugs durch Verschweigung von Thatsachen; Beweislast bezüglich der Kunde des Mitcontrahenten von diesen Thatsachen. 254. — 4. Zahlungseinrede. 110. — 5. Angemessener oder verabredeter Kaufpreis? 167. 168. 169. — 6. Klage auf Lohnzahlung für eine durch den Beklagten verhinderte Dienstleistung; Einrede anderweitiger Verwerthung der Arbeitskraft. 256. — 7. Revalirungsklage des Trassaten. 283. — 8. Actio neg. gest.

natr. wegen Schuldenzahlung. 75. 76. — 9. Klage aus Gesellschaft auf Gewinntheilung; Einrede, daß Beklagter Auslagen abrechnen dürfe. 77. — 10. Actio de recepto. 206. — 11. Ehenichtigkeitsklage wegen fehlender Virginität. 79. — 12. Verschuldung des Nichtzustandekommens der Ehe bei der Klage auf Rückgabe der Brautgeschenke. 81. — 13. Beziehung des mit der Erbschaftsklage Belangten auf Erwerb durch Specialtitel. 140. — 14. Streit darüber, ob Verkäufer die dem pränumerirten Preise entsprechende Quantität Waaren geliefert habe. 235. — 15. Angebliche Feuchtigkeit (Qualitätsmangel) der Waare. 16. — 16. Klage des Zwischenspediteurs wegen der Auslagen seines Vormanns. 64. — 17. Einwand der vertragswidrigen Ausfüllung eines Wechselblanketts. 327. — 18. Angebliche Fälschung eines Wechsels durch Aenderung des Fälligkeitstages. 242.

III. Beweis durch Urkunden. 1. Interlineaturen in Wechseln und Beweisurkunden. 320. — 2. Diffession im Wechselseparatum? 257. — 3. Cautio indiscreta. 15. — 4. Wechsel mit einem nicht durchstrichenen Quittungsvermerk des Klägers. 157. — 5. Beweiskraft telegraphischer Depeschen. 170. — 6. Editionsanspruch des Privatgläubigers eines Handelsgesellschafters bezüglich der Gesellschaftsbücher? 49. — 7. Amortisation eines Blanoacceptes durch den verlierenden Acceptanten oder Trassanten. 241.

IV. Beweis durch Eid. 1. Eidesleistung einer offenen Handelsgesellschaft. 230. — 2. Eidesleistung einer in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft. 231. — 3. Pflicht zur eidlichen Specification eines Nachlasses. 171.

V. Beweis durch Geständniß. Berufung eines von mehreren Concumbenten auf Anerkennung der Vaterschaft ꝛc. durch einen andern. 27.

VI. Beweis durch Vermuthungen. 1. Pater est quem nuptiae demonstrant. 87. — 2. Keine Vermuthung für Fortdauer des Lebens eines Verschollenen. 177. — 3. Präsumtive Nützlichkeit der Schuldenzahlung durch den Geschäftsführer. 75. (76.) — 4. Keine Vermuthung für sofortige Aufhebung des alten Schuldverhältnisses durch Wechselausstellung. 199.

VII. Beweis durch Sachverständige. Können die Sachverständigen nach Art. 609 und 610 des HGB. sich der Hülfe Anderer bedienen? 69.

Hauptstück 8. Von den summarischen Processen.

1. Enthält der Arrestschlag eine Besitzstörung? 3. — 2. Wirkung der Beschlagnahme einer Forderung durch einen Dritten auf das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner. 3. — 3. Gesetz v. 21. Juni 1869, Auslegung des § 1. 172. — 4. Die Ausnahme des § 4 Ziff. 3 daselbst ist auf Alimentationsbeiträge des unehelichen Vaters nicht anwendbar. 173.

Hauptstück 9. Von den Rechtsmitteln.

1. Sind Provision, Protestkosten und Porti bei Berechnung der Revisionssumme zu berücksichtigen? 258. — 2. Legitimation zur Beschwerdeführung in Sachen der Rechtshülfe. 82. — 3. Anwaltszwang bei der Beschwerde. 250. — 4. Sind die beim beschwerenden Theil beim Beschwerdegericht zugelassenen Anwälte zur Einreichung der Beschwerde befugt? 251. — 5. „Weitere Beschwerde" nicht schon zulässig wegen Verwerfung einer auf neue Thatsachen gestützten Beschwerde. 259. — 6. Auch nicht wegen Verschiedenheit der Entscheidungsgründe, wohl wegen einer wenn auch gleichlautenden, so doch dem Sinn nach verschiedenen Entscheidung des Beschwerdegerichts. 260. — 7. Desgleichen unstatthaft, wenn zwei gleiche Entscheidungen der Vorinstanzen vorliegen, möge auch die in der Mitte liegende Entscheidung difform sein. 328.

Hauptstück 10. Liquidations- und Executionsinstanz.

1. Unzulässigkeit eines der Ableistung des Manifestationseides über den Nachlaß vorangehenden Moniturverfahrens. 171. — 2. Renten aus dem Reichshaftpflichtgesetz gelten nicht als Alimentenforderungen im Sinn des § 749 Ziff. 2 der CPO. 262. — 3. Einfluß der CPO. (§ 749 Ziff. 8) auf die frühere Beschlagnahme eines Diensteinkommens. 321. — 4. Die in der CO. ausgesprochene Aufhebung des benef. comp. gilt nicht für vorher eröffnete Concurse. 322. — 5. Alimentenansprüche der Kinder in einer von Dritten eingeleiteten Zwangsvollstreckung gegen den Vater. 222. — 6. Der zur Erfüllung verurtheilte Käufer hat nicht das Rücktrittsrecht aus Art. 354 des HGB., wenn der Käufer in der Executionsinstanz in Annahmeverzug geräth. 61. — S. auch Arrestschlag, oben 8. Hauptst. Z. 1—4; desgleichen unten 11. Hauptst. Zwischenhandlungen.

Hauptstück 11. Zwischenhandlungen.

Die Zwischenklage gegen die Pfändung wird nicht durch Erwerb publicianischen Eigenthums vom Schuldner begründet. 83.

Hauptstück 12. Von dem Concurse der Gläubiger.

I. Statutencollision bezüglich des Rechts auf Erwerbung einer dem C deferirten Erbschaft. 90. — S. auch oben 1. Hauptst.

II. Rechtliche Folgen des Concurses. 1. Habitatio im Concurse des rechtigten, Austreibung des Miethers durch den Concurscurator. 261. — 2. Folgen Concurses des Darlehnsschuldners bezüglich der Pfandbestellung für das noch nicht empfan Darlehn. 263. — 3. Einfluß des Concurses auf den Versicherungsvertrag des Crid 164. — 4. Ungültigkeit der nach dem Concurse des Principals durch den Handlungsbe mächtigten geschlossenen Rechtsgeschäfte. 52. — 5. Nach Aufhebung des Gesellschaftsconc durch Vereinbarung mit den bekannten Gläubigern haftet das Privatvermögen der G schafter nicht bloß subsidiarisch. 53. — 6. Die kurze Klagverjährung gegen die Gesellsch nach Art. 146 des HGB. gilt nicht im Fall des Gesellschaftsconcurses. 54. — 7. nicht zur Masse gezogenen Vermögenstheile hat der Cridar selbst zu verwalten. 84 8. Der Vindicant hat Zahlung des Kaufpreises an den Cridar nachzuweisen. 85. 9. Eintragung einer Hypothek nach der Concurseröffnung auf Grund eines vorher erwor Titels. 86. — 10. Für die Compensabilität einer Wechselforderung im Concurse Acceptanten entscheidet nicht der Zeitpunct der regreßweisen Einlösung, sondern des früh Wechselerwerbs. 174.

III. Abwendung des Concurses. Zwangsvergleich; Betheiligung bevorzu Gläubiger an demselben. 329.

IV. Nachforderungen. Die Aufhebung des benef. comp. durch die CO. be nicht die am 1. Octbr. 1879 schon eröffneten Concurse. 322.

Uebersicht

der Entscheidungen nach den Gerichtshöfen.

Berlin. 3. 5. 6. 7. 8. 15. 17. 19. 22. 23. 28. 33. 35. 39. 40. 41. 43. 44. 45. 47. 48. 55. 74. 75. 77. 78. 79. 81. 82. 83. 84. 85. 99. 100. 128. 132. 274. 295. 299. 300. 303.

Celle. 9. 12. 14. 32. 42. 57. 86. 88. 89. 91. 95. 98. 104. 116. 117. 122. 129. 137. 138. 139. 140. 143. 145. 151. 155. 169. 171. 176. 177. 180. 222. 223. 230. 249. 271. 280. 286. 287. 293. 297. 298. 301. 311. 322.

Darmstadt. 281.

Dresden. 51. 71. 101. 102. 134. 135. 147. 268.

Jena. 4. 24. 221. 269. 273. 325.

Leipzig. RHG. 1. 2. 11. 16. 29. 30. 31. 38. 50. 52. 53. 54. 56. 58. 59. 60. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 73. 92. 94. 97. 106. 111. 112. 118. 148. 150. 152. 153. 154. 157. 158. 161. 162. 163. 164. 166. 168. 170. 172. 199. 234. 236. 241. 243. 244. 246. 248. 253. 284. 308. 319. 320. 327.

RG. 87. 110. 130. 156. 159. 160. 178. 179. 182. 189. 191. 193. 196. 203. 205. 210. 211. 212. 213. 214. 216. 219. 220. 226. 227. 228. 229. 232. 233. 235. 237. 238. 242. 245. 247. 250. 255. 256. 257. 258. 259. 262. 263. 266. 283. 288. 289. 290. 291. 292. 302. 304. 305. 306. 307. 310. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 323. 324. 326.

Lübeck. 105. 146.

München. 21. 25. 34. 37. 93. 103. 108. 113. 115. 119. 123. 126. 173. 181. 184. 185. 187. 188. 190. 192. 195. 197. 204. 217. 218. 239. 254. 264. 267. 276. 277. 278. 282. 285. 294. 321. 328.

Rostock. 72.

Stuttgart. 36. 90. 114. 142. 144. 165. 224. 272. 275. 296.

Wien. 49. 70. 194. 240. 265. 279.

Wolfenbüttel — Braunschweig. 10. 13. 18. 20. 26. 27. 76. 80. 96. 107. 120. 121. 124. 125. 127. 131. 133. 141. 167. 175. 186. 198. 200. 202. 208. 209. 215. 251. 252. 261. 329.

Verlag von R. Oldenbourg in München und Leipzig.

Geschichte der Wissenschaften in Deutschland. Neuere Zeit. Auf Veranlassung und mit Unterstützung Sr. Majestät des Königs von Bayern Maximilian II. herausgegeben durch die Historische Commission bei der k. Akademie der Wissenschaften. 24 Bände in 3 Sektionen.

I. Sektion: Katholische Theologie, Protestantische Theologie, Philosophie, Aesthetik, Klassische Philologie, Germanische Philologie, Orientalische Philologie.

II. Sektion: Geschichte, Kriegswissenschaft, Jurisprudenz, Allgemeines Staatsrecht, Nationalökonomie, Land- und Forstwirthschaftslehre, Geographie.

III. Sektion: Technologie, Mathematik, Physik, Chemie, Astronomie, Geologie, Medicin, Zoologie, Botanik, Mineralogie.

Hievon erschienen bisher:

		Subscriptionspreis M. Pf.	Einzelpreis M. Pf.
b. 1.	**Bluntschli,** Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik seit dem 16. Jahrhundert bis zur Gegenwart. 1864. 8. geh.	6. 60.	8. 40.
b. 2.	**Kobell,** Geschichte der Mineralogie von 1650—1860. 1864. 8. geh.	7. 20.	10. —.
b. 3.	**Fraas,** Geschichte der Landbau- und Forstwissenschaft seit dem 16. Jahrhundert bis zur Gegenwart. 1866. 8. geh.	6. 80.	9. —.
b. 4.	**Peschel,** Geschichte der Erdkunde bis auf A. v. Humboldt und Karl Ritter. Herausgegeben von Prof. Dr. Ruge. 2. Auflage. 2 Abtheilungen. Mit Karten und Holzschnitten. 1877. 8. geh.	9. —.	12. —.
b. 5.	**Dorner,** Geschichte der protestantischen Theologie, besonders in Deutschland, nach ihrer principiellen Bewegung und im Zusammenhang mit dem religiösen, sittlichen und intellectuellen Leben betrachtet. 1867. 8. geh.	8. 40.	10. —.
b. 6.	**Werner,** Geschichte der katholischen Theologie. Seit dem Trienter Concil bis zur Gegenwart. 1866. 8. geh.	6. 40.	8. 40.
b. 7.	**Lotze,** Geschichte der Aesthetik in Deutschland. 1867. 8. geh.	6. 40.	8. 40.
b. 8.	**Benfey,** Geschichte der Sprachwissenschaft und orientalischen Philologie in Deutschland seit dem Anfange des 19. Jahrhunderts mit einem Rückblick auf die früheren Zeiten. 1869. 8. geh.	8. —.	10. 60.
b. 9.	**Raumer, R. v.,** Geschichte der germanischen Philologie, vorzugsweise in Deutschland. 1870. 8. geh.	7. 20.	9. 60.
b. 10.	**Kopp,** Die Entwickelung der Chemie in der neuern Zeit. 1873. 8. geh.	8. —.	10. 50.
b. 11.	**Karmarsch, Karl,** Geschichte der Technologie seit der Mitte des 18. Jahrhunderts. 1872. 8. geh.	9. —.	11. —.
b. 12.	**Carus, J. V.,** Geschichte der Zoologie bis auf Joh. Müller und Charles Darwin. 1872. 8. geh.	7. 20.	9. 60.
b. 13.	**Zeller, Eduard,** Geschichte der deutschen Philosophie seit Leibniz. 1873. 8. geh.	9. —.	11. —.
b. 14.	**Roscher, Ed.,** Geschichte der Nationalökonomie. 1874. 8. geh.	10. —.	13. 50.
b. 15.	**Sachs,** Geschichte der Botanik. 1876. 8. geh.	6. —.	8. —.
b. 16.	**Wolf,** Geschichte der Astronomie. 1877. 8. geh.	9. 60.	12. —.
b. 17.	**Gerhardt,** Geschichte der Mathematik. 1878. 8. geh.	3. 60.	4. 80.
b. 18.	**Stintzing,** Geschichte der Rechtswissenschaft. 1. Abth. 1880. 8. geh.	9. —.	12. —.

☞ Die Bände der Geschichte der Wissenschaften werden zu den obengenannten Subscriptionspreisen nur bei Abnahme ganzen Sammlung oder wenigstens einer ganzen Sektion abgegeben. Einzelne Bände, soweit noch vorräthig, werden nur von Separat-Ausgabe zu erhöhtem Preise geliefert. ☜

Verlag von **R. Oldenbourg** in München und Leipzig, zu beziehen durch alle Buchhandlungen, event. auch direkt von der Verlagshandlung.

J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Neuer Abdruck. Lex.-Format. Band I/VI.

(Unveränderter Abdruck von Bd. I/XXX der nicht mehr vollständigen Octav-Ausgabe)

nebst General-Register zu Band I/IV.

Bis auf Weiteres ermässigter Preis M. 83. 40.

Früherer Preis M. 148. 60.

Vom VII. Bande an wurden beide Ausgaben (Octav- und Lex.-Format) mit einander verschmolzen unter der Bezeichnung Neue Folge I. Band. Der Band der Neuen Folge bildet 4 Hefte à 5 Bogen zum Preise von M. 5. — zusammen. Complet erschienen sind von der neuen Folge Band I — V. Band VI Heft 1 gelangt demnächst zur Ausgabe.

Bremer J.,

Systemat. und alphabet. General-Register zu Seuffert's Archiv.

Band I—XX der kleinen oder Band I—IV der grossen Ausgabe.

4 Hefte complet in 1 Band. Preis M. 12. —.

Wir brauchen Sachkundige kaum darauf aufmerksam zu machen, daß in der Anfertigung des Registers eine ungewöhnliche Aufgabe vorlag, zu deren Lösung eben so viel juristischer Scharfsinn wie wahrhaft mühselige Sorgfalt nöthig war. Es konnte sich nicht blos darum handeln, die vier erschienenen fünfbändigen Register mechanisch in Eines zusammenzufügen. Es ergab sich vielmehr schon bei der ersten Anlage der Arbeit, daß bei der Ausarbeitung jener vier Register sehr ungleiche Grundsätze obgewaltet hatten, und auch in Bezug auf Distinction einzelner Materien ergaben sich Abweichungen und Unvollständigkeiten. Die Aufgabe des Verfassers bestand mithin zunächst in einer Revision und theilweise in einer Erneuerung des Inhalts der älteren Register und wurde daher eine äußerst umfängliche.

Wie das neue Register jetzt vorliegt, ist es ein Repertorium von seltenem Werth über eine zwanzigjährige Epoche der deutschen gemeinrechtlichen (einschließlich der handelsrechtlichen) Jurisprudenz und ein Hilfsbuch zum Gebrauch des Archivs, welches diesem einen neuen praktischen und wissenschaftlichen Werth gibt.

Verlag von **R. Oldenbourg** in **München** und **Leipzig.**

Kritische Vierteljahrsschrift

für

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Unter Mitwirkung von

Bluntschli in Heidelberg

herausgegeben von

A. Brinz und **J. Pözl.**

(Fortsetzung der Kritischen Uebersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft und der Heidelberger Kritischen Zeitschrift.)

Neue Folge Band III. Der ganzen Folge XXII. Band.

Jahrgang 1879 complet in 4 Heften. Preis ℳ 12.

Abonnements nehmen alle Buchhandlungen entgegen.

ührung der Klage gegen die Gesellschafter nach Art. 146 ff. des HGB. gilt nicht im der Auflösung der Gesellschaft durch Gesellschaftsconcurs. 54.

B. Commanditgesellschaft. 1. Bei der einfachen Commanditgesellschaft haftet Commanditist den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar nach Maßgabe seiner eingetragenen age. 307. — 2. Der Commanditist haftet auch mit dem nicht eingetragenen Theil r Einlage, auch wenn diese erst nachträglich erhöht wurde. 308.

C. Actiengesellschaft. 1. Actiengesellschaften sind ohne Rücksicht auf den Gegen- ihres Unternehmens als Handelsgesellschaften anzusehen. 232. — 2. Actiengesellschaften keine Societäten. 55. — 3. Dem Einzelactionär steht während des Bestehens der Gesellschaft auch namens der Gesellschaft eine Klage auf Schadensersatz zur Gesellschaftskasse Liquidationsmasse gegen die Organe der Gesellschaft nicht zu. Rechtliche Natur der engesellschaft. 56. — 4. Die statutarische Bestimmung, daß der Zeichner von Namens- sich seiner Verpflichtungen durch Nichteinzahlung des gezeichneten Betrages selbst digen könne (Art. 220 Abs. 2 des HGB.), ist unzulässig. 309.

III. Von den Handelsgeschäften.

A. Im Allgemeinen. 1. Ist es ein Handelsgeschäft, wenn ein Kaufmann die rung von Fensterglas und die Verglasung der Fenster eines Gebäudes damit über- mt? 233. — 2. Inwiefern sind Gastwirthe als Kaufleute und die von ihnen abge- enen Handelsverträge als Handelsgeschäfte anzusehen? 148. — 3. Die Bestimmung gestohlene Gegenstände im Art. 306 Abs. 4 des HGB. ist auf unterschlagene Sachen auszudehnen. 57. — 4. Die Außerachtlassung der Verkaufsformen des Art. 315 des B. entzieht dem Gläubiger nicht das Recht, sich aus dem Erlöse vorzugsweise zu digen. 234. — 5. Zur Auslegung der Vorschrift des Art. 317 des HGB., betr. Formlosigkeit der Handelsgeschäfte. 310. — 6. Die Annahme einer Vertragsofferte Hinzufügung einer Modalität enthält eine neue Vertragsofferte. 270. — 7. Er- ngsort. 88. — 8. Die Clausel der Absendung „franco N. N." macht den Ort N. N. zum Erfüllungsort. Ist der vom Wohnort des Verkäufers verschiedene Ort der dung als Erfüllungsort anzusehen? Beweislast beim Streit darüber, ob der Ver- r die dem pränumerirten Preise entsprechende Quantität Waaren geliefert habe. 235. — esetzlicher Erfüllungsort für die Zahlung. Kann der Verkäufer denselben durch die renclausel „zahlbar hier" einseitig abändern? Auslegung der Verabredung: „in G." Handelsniederlassung des Verkäufers) zu zahlen. 311. — 10. Stillschweigender Verzicht mittlere Art und Güte der Waare? Befugniß zu theilweiser Redhibition. 116.

B. Kauf, Lieferungsgeschäft. 1. Genus- oder Specieskauf? Verzicht auf ere Art und Güte der Waare? Befugniß zu theilweiser Redhibition. 116. — 2. Klage den Kaufpreis; die Behauptung, daß die Waare in Commission geliefert sei, ist nen des Klaggrundes. 325. — 3. Kauf auf Probe. Genehmigung der Waare durch schweigen. Inwiefern bedarf es einer vorgängigen Aufforderung an den Käufer, sich klären? 150. — 4. Kauf nach Probe. Der Art. 355 des HGB. ist auf den Fall gswidriger Lieferung der Waare nicht zu beziehen. Die ädilitischen Rechtsmittel auch beim Handelskauf. 151. — 5. Deposition der verkauften Waare durch den äufer im Fall des Verzugs des Käufers. 152. — 6. Bei der im Art. 343 Abs. 2 HGB. erwähnten Androhung bedarf es nicht der Angabe, ob öffentlich oder nicht lich verkauft werden soll. 312. — 7. Abänderung der im Art. 343 des HGB. auf- lten Formen des Selbsthülfeverkaufs durch Vertrag. 236. — 8. Selbsthülfeverkauf bei bereits übergebenen Waare. Begriff des Empfangnahmeverzugs. 237. — 9. Recht- e Mängelanzeige nach Art. 347 des HGB. Bedeutung des Worts „Ablieferung". 59. — Feuchtigkeit einer Waare ist Qualitäts-, nicht Quantitätsmangel; Beweislast. 58. — Der Art. 347 des HGB. (sofortige Mängelanzeige ꝛc.) ist nicht anwendbar, wenn beim skauf Waaren anderer Gattung geliefert sind. Ueber den Begriff der Gattungs-

J. A. Seuffert's

Archiv

für

ntſcheidungen der oberſten Gerichte

in den deutſchen Staaten.

Neue Folge ſechſter Band.

Der ganzen Reihe ſechsunddreißigſter Band.

Herausgegeben

von

H. E. Schütt.

München und Leipzig.
Druck und Verlag von R. Oldenbourg.
1881.

Per. L. Germ. 4, 5 d. 2

BODLEIAN
D
- 2 NOV 1955
LIBRARY

BIBL. CODR. COLL. OMN. ANIM.
OXON.

[29 Nov 1887. W. Nutt]

I. Civilrecht.

1. Verjährbarkeit der Einreden, insbesondere derjenigen aus dem ädilitischen Edict.

Vgl. Bd. 33 Nr. 279 mit Nachw.

. . . Der Entscheidung, daß die auf das ädilitische Edict gestützten
reden verjährt sind, wird die Verkennung des Rechtsgrundsatzes, daß
reden nicht verjähren, vorgeworfen. Diese Rüge ist unbegründet. Der
fgestellte Rechtsgrundsatz ist in seiner Allgemeinheit nicht für richtig zu
lten. Ist in einer Einrede nur die Geltendmachung eines Anspruchs
finden, so muß dieselbe nothwendig mit der Aufhebung des Anspruchs
eichzeitig wegfallen. Es ist daher die Beantwortung der Frage, ob die
f einem obligatorischen Anspruch beruhenden Einreden der Ver-
hrung unterliegen, zunächst von der Entscheidung der bekannten Contro-
rse abhängig, ob bei der Verjährung der persönlichen Klage noch eine
türliche Verbindlichkeit, im juristischen Sinne dieses Worts, also
mit unvollkommenem Rechtsschutz ausgestatteter Anspruch übrig bleibe;
re dies zu bejahen, so würde hiermit die Fortdauer einer ausreichenden
undlage einer Einrede gegeben sein. In den Aussprüchen der Quellen
weder für die bejahende noch für die verneinende Ansicht ein genügender
weis zu finden. Man muß daher auf das Wesen der Sache zurück-
hen: diese Auffassung führt aber dahin, daß man in Betreff des Obli-
tionenrechts das Klagrecht und den Anspruch selbst für identisch
halten und folglich die Klagverjährung als Verjährung des Anspruchs
nsehen hat. Wenn für das Uebrigbleiben einer natürlichen Verbindlich-
namentlich darauf hingewiesen zu werden pflegt, daß die Verjährung
persönlichen Klage den Pfandanspruch nicht aufhebt (const. 7. de
escr. 7. 39; const. 2 de luit. pign. 8. 31), vielmehr die Fortdauer einer
türlichen Verbindlichkeit so lange, als das Pfandrecht noch besteht, aus-
lich bezeugt wird (fr. 59 pr. ad sct. Treb. 36. 1), so ist hiergegen
erwidern, daß für diesen Fall die Anerkennung der Fortdauer einer
türlichen Verbindlichkeit gerade daraus zu erklären ist und gerechtfertigt

wird, daß in dem fortdauernden Pfandrecht zugleich auch der durch das Pfand gesicherte Anspruch noch nach dem Erlöschen der persönlichen Klage fortwährend einen gewissen Rechtsschutz genießt.

Hiernach bleibt freilich noch zu fragen, ob die neben einer persönlichen Klage begründete Einrede nur auf dem obligatorischen Anspruche beruht, oder eine von demselben unabhängige selbständige Existenz hat; allein die letztere ist zwar für einzelne Einreden, so namentlich für die exceptio doli, aus besonderen Bestimmungen der Gesetze zu bejahen, aber weder im Allgemeinen noch auch insbesondere in Betreff der ädilitischen Einreden als richtig anzuerkennen.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 11. Juni 1880 in der nam. Sache Löwenthal w. Fleß. Gr.

---

2. Retentionsrecht an Mobilien, welche in Folge eines Leibgedingvertrags in die Wohnung des Beklagten gebracht sind.

Vgl. Bd. 5 Nr. 105; Bd. 6 Nr. 290; Bd 21 Nr. 223; Bd. 23 Nr. 8, 70; Bd. 24 Nr. 105, Bd. 26 Nr. 50; Bd. 31 Nr. 7.

Die Klägerin, welche auf Grund eines Leibgedingvertrags einige Monate lang Kost und eine gesonderte Wohnung bei dem Beklagten genossen hatte, erhob, indem sie an den Vertrag nicht mehr gebunden zu sein behauptete, Klage auf Herausgabe der von ihr in das Haus des Beklagten eingebrachten Mobilien. Beklagter machte, weil Klägerin ihres Versprechens ungeachtet zugesagte 1000 Thlr. in sein Geschäft nicht inferirt habe, sowie wegen des im Leibgedingvertrage zugesagten rückständigen Kostgeldes Gegenansprüche geltend und verweigerte bis zur Befriedigung die Herausgabe der eingebrachten Gegenstände. Dies Retentionsrecht wurde dem Beklagten letztinstanzlich aus folgenden Gründen zugesprochen:

„Ganz abgesehen davon, daß im gegebenen Falle, in welchem der Klägerin gegen eine Geldentschädigung neben Obdach und Pflege auch ein Unterkommen für deren bewegliche Habe zu gewähren war, die vom Richter 1. Instanz in Bezug genommenen Grundsätze vom qualificirten Retentionsrecht des Vermiethers eines praedium urbanum an den Invecten und Illaten des Miethsmannes sehr wohl zur Analogie gezogen werden können, liegen hier schon diejenigen allgemeinen Voraussetzungen vor, von deren Vorhandensein der richtigen Ansicht nach die Geltendmachung einer sog. Retentionseinrede im weiteren Sinne:

fr. 2 § 5, vgl. mit fr. 4 § 1 ff. de doli except. 44. 4,

abhängig zu machen ist.

Daß sich der Beklagte dem erhobenen Klaganspruche gegenüber in conditione retinendi befände, ist nicht bestritten. Ob sich das factische Ver

hältniß desselben zu den betreffenden Sachen zu einem eigentlichen Besitze — wenn auch nur einer nuda detentio — gestalte, ist an sich gleichgültig, da das nach den allgemeinen Grundsätzen der exceptio doli zu beurtheilende Retentionsrecht auf das retinere einer Sache oder Leistung nicht zu beschränken, sondern auch noch in anderen Fällen bis zur Befriedigung für gewisse Gegenleistungen für zulässig zu erachten ist.

Was sodann die von der Klägerin in Contestation gezogene Frage von der Connexität des zu sichernden Anspruchs mit dem Gegenstande der Retention betrifft, so stehen auch in dieser Beziehung der Zulassung des erhobenen Retentionsanspruchs gegründete Bedenken nicht entgegen. Da die erhobene Klage davon ausgeht, daß die Illation der zu retinirenden Effecten auf Grund des mehrgedachten Leibgedingvertrags stattgefunden habe, und da der Anspruch, wegen dessen retinirt werden soll, auf denselben Vertrag gegründet wird, so handelt es sich hier um mutuae petitiones ex eodem negotio, also um Ansprüche, die, wie auch die hiesige Rechtsprechung bereits in ähnlichen Fällen angenommen hat:

braunschw. Ztschr. f. Rechtspflege Bd. 20 S. 225,

um deswillen als connex anzusehen sind, weil sie im Wesentlichen auf derselben rechtlichen Grundlage beruhen."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 30. April 1880 i. S. Koch w. Bosse wegen Herausgabe von Sachen. D.

---

5. Die Mitgliedschaft an einer eingetragenen Genossenschaft (Ges. v. 4. Juli 1868) wird nur durch schriftliche Erklärung erworben* und muß von dem Gegner bewiesen werden, wird aber nicht schon erwiesen durch das dem Registerrichter überreichte Mitgliederverzeichniß.

*Vgl. Bd. 34 Nr. 178.

„Der Appell.-Richter erkennt ausdrücklich an, daß nach § 2 Abs. 4 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 die Mitgliedschaft der einzelnen Genossenschafter durch schriftliche Erklärung erworben werde. Er faßt mithin, und zwar — wie schon das ROHG. in Bd. 23 seiner Entscheidungen S. 228 ff. näher ausgeführt hat — mit Recht, diese Bestimmung, nach welcher zum Beitritt der Genossenschafter die schriftliche Erklärung derselben genügt, in dem Sinn auf, daß andrerseits die Erklärung des Beitritts in schriftlicher Form auch erforderlich sei, um die Rechte und Pflichten eines Genossenschafters zu begründen. Inwiefern der Appell.-Richter, wie ihm zunächst vorgeworfen wird, den cit. § 2 verletzt haben soll, ist daher unerfindlich. Ebensowenig trifft der dem Appell.-Richter gemachte Vorwurf einer Verkennung der maßgebenden Grundsätze über die Beweislast zu, da

er davon ausgeht, daß die Klägerin den Beweis zu führen habe, die von ihr nach § 12 des Genossenschaftsgesetzes solidarisch für eine Verbindlichkeit des Consumvereins zu Oschersleben (eingetragene Genossenschaft) in Anspruch genommenen Verklagten seien diesem Verein in rechtsgültiger Weise beigetreten.

Dagegen irrt der Appell.-Richter, indem er aus den Bestimmungen der §§ 4 und 8 des Genossenschaftsgesetzes folgert, daß durch die von ihm thatsächlich festgestellte Eintragung sämmtlicher Verklagten in das von dem Vorstande der Genossenschaft dem Registerrichter überreichte Mitgliederverzeichniß die Mitgliedschaft der Verklagten, vorbehältlich eines diesen allerdings zustehenden Gegenbeweises, bewiesen werde, und der dem Appell.-Richter ferner gemachte Vorwurf einer Verletzung dieser Paragraphen erscheint daher als begründet. Nach § 4 muß der Gesellschaftsvertrag bei dem Handelsgericht, in dessen Bezirk die Genossenschaft ihren Sitz hat, nebst dem Mitgliederverzeichniß durch den Vorstand eingereicht, vom Gericht in das Genossenschaftsregister eingetragen und auszugsweise veröffentlicht werden, wobei zugleich bekannt zu machen ist, daß das Verzeichniß der Genossenschafter jederzeit bei dem Gericht eingesehen werden könne. Ergänzt wird diese Bestimmung durch die Vorschrift des § 25, welche den Vorstand der Genossenschaften verpflichtet, dem Handelsgericht am Schluß jedes Quartals über den Eintritt und Austritt von Genossenschaftern schriftlich Anzeige zu machen und alljährlich im Monat Januar ein vollständiges, alphabetisch geordnetes Verzeichniß der Genossenschafter einzureichen, auf Grund welcher Mittheilungen das Handelsgericht die Liste der Genossenschafter zu berichtigen und zu vervollständigen hat. In Verbindung mit der Vorschrift des § 8 des Gesetzes, nach welcher das Genossenschaftsregister öffentlich ist und für dasselbe die im HGB. bezüglich des Handelsregisters gegebenen Bestimmungen gelten, kann es nun allerdings keinem Zweifel unterliegen, daß die Vorschriften der §§ 4 und 25 des Genossenschaftsgesetzes ebenso wie verschiedene andere ähnliche Vorschriften desselben (vgl. §§ 6, 7, 18, 23, 36, 41) die Sicherheit des Verkehrs zu befördern bezwecken. Denn es soll offenbar Dritten, welche mit einer eingetragenen Genossenschaft contrahirt haben oder zu contrahiren in der Lage sind, durch diese Vorschriften Gelegenheit geboten werden, sich über gewisse hierbei erhebliche rechtliche Verhältnisse der Genossenschaft Auskunft zu verschaffen. Diese Auskunft ist aber nicht geeignet, überall eine gleiche Sicherheit zu gewähren. Denn das Handelsregister ist zwar insofern eine öffentliche Urkunde und als solche in gleicher Weise wie andere öffentliche Urkunden beweisend, als der Registerrichter durch die Eintragung constatirt, daß durch die Anmeldenden (über deren Identität er sich zu vergewissern hat) in der gesetzlich vorgeschriebenen Form gewisse Erklärungen abgegeben seien. Dagegen werden die Thatsachen, auf welche jene Erklärungen sich beziehen, durch das Handelsregister an sich nicht bewiesen, wenngleich in manchen

Fällen die Erklärung die betreffende Thatsache involvirt oder der Erklärende die letztere Dritten gegenüber als wahr gegen sich gelten zu lassen hat (vgl. v. Hahn Commentar zum HGB. 3. Aufl. S. 70 N. 12 und S. 74 § 1). Soweit aber der Registerrichter nicht berechtigt und verpflichtet ist, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, ob das einer Erklärung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß wirklich besteht, kann durch seine Eintragungen in das Handelsregister auch nichts bewiesen werden.

Während nun das HGB. bei der offenen Handelsgesellschaft und bei der Commanditgesellschaft sämmtlichen Gesellschaftern die Anmeldung der Errichtung der Gesellschaft, resp. ihres Eintritts und Austritts zur Pflicht macht (vgl. Art. 86—89, 129, 151, 152, 155, 156 u. 171), begnügt sich das Genossenschaftsgesetz damit, in den §§ 4 und 25 dem Vorstand der Genossenschaft die Pflicht aufzuerlegen, dem Handelsgericht außer dem Gesellschaftsvertrage das Mitgliederverzeichniß einzureichen und dieses von Zeit zu Zeit durch schriftliche Anzeigen über den Eintritt und Austritt von Genossenschaftern, sowie durch einzureichende Verzeichnisse der gegenwärtigen Genossenschafter auf dem Laufenden zu erhalten. Dem Handelsgericht steht zwar nach § 66 des Gesetzes das Recht zu, dem Vorstand von Amts wegen durch Ordnungsstrafen zur Befolgung dieser Vorschriften anzuhalten und nach §§ 67 und 68 Unrichtigkeiten in den einzureichenden Mitgliederverzeichnissen und Anzeigen gegen die Vorstandsmitglieder mit einer Geldbuße und eventuell mit härteren Strafen zu ahnden. Zu einer von Amts wegen in dieser Beziehung vorzunehmenden Controle ist aber das Handelsgericht nach dem Genossenschaftsgesetze nicht berufen. Es hat vielmehr nur zu prüfen, ob die eingereichten Mitgliederverzeichnisse und gemachten Anzeigen äußerlich in Ordnung sind. Da dem Vorstand die Vorlegung der schriftlichen Beitrittserklärung der einzelnen Genossenschafter nicht zur Pflicht gemacht ist, so würde das Handelsgericht sich zu einer Controle der Richtigkeit der eingereichten Mitgliederverzeichnisse auch überall nicht im Stande befinden, ganz abgesehen davon, daß es eventuell die Echtheit der schriftlichen Beitrittserklärungen nicht würde prüfen können, da deren Beglaubigung nach § 2 des Gesetzes nicht erforderlich ist. Schon hiernach ist die Annahme des Appell.-Richters, daß das allerdings einen integrirenden Bestandtheil des Genossenschaftsregisters bildende — weil zur öffentlichen Einsicht bestimmte — Mitgliederverzeichniß die Mitglieder der Genossenschaft nachweise, unbegründet. Ihre Unzulässigkeit tritt aber noch um so mehr hervor, wenn man erwägt, daß das Verzeichniß der Genossenschafter nach § 4 Abs. 1 und 3 des Gesetzes nicht veröffentlicht wird, sondern nur dessen Einsicht gestattet ist, und daß es zu dieser letzteren für alle diejenigen, welche zu der Genossenschaft außer aller Beziehung stehen, an jeder Veranlassung fehlt. Nach der Ansicht des Appell.-Richters würde jeder bei einer Genossenschaft völlig Unbetheiligte, ohne daß ihn der Vorwurf irgend

einer Nachlässigkeit trifft, durch eine, sei es nun auf Irrthum oder auf Betrug beruhende, Aufnahme seines Namens in das vom Vorstande eingereichte Mitgliederverzeichniß in die Lage versetzt, sich als Mitglied der Genossenschaft betrachten lassen zu müssen und deren Gläubigern solidarisch zu haften, sofern er nicht seinerseits zur Führung des schwierigen, ja oft unmöglichen Beweises der Unrichtigkeit des Verzeichnisses im Stande ist — ein Resultat, welches der Gesetzgeber unmöglich beabsichtigt haben kann.

Daß bei dieser Auffassung des Gesetzes die Einreichung der Mitgliederverzeichnisse und deren Eintragung in das Genossenschaftsregister völlig zwecklos sei, läßt sich nicht behaupten. Denn immerhin bietet schon die civilrechtliche und strafrechtliche Haftung der Vorstandsmitglieder dritten Personen eine gewisse Garantie für die Uebereinstimmung der Mitgliederverzeichnisse mit den wirklichen Rechtsverhältnissen, und außerdem gewähren diese Verzeichnisse dritten Personen eine Grundlage zu entsprechenden weiteren Erkundigungen sowohl bei dem Vorstand als bei denjenigen einzelnen im Mitgliederverzeichniß aufgeführten Personen, auf deren Haftung als Genossenschafter Gewicht gelegt wird. Auch ist es unzulässig, für die gegentheilige Ansicht die Bestimmung des § 15 des Reichsgesetzes über die Beurkundung des Personenstandes vom 6. Februar 1875 heranzuziehen, nach welcher die ordnungsmäßig geführten Standesregister diejenigen Thatsachen, zu deren Bekundung sie bestimmt und welche in ihnen eingetragen sind, bis zur Führung des Beweises der Fälschung oder der Unrichtigkeit der Eintragungen oder der diesen zu Grunde liegenden Anzeigen beweisen. Denn diese gesetzliche Specialbestimmung ist einer analogen Anwendung nicht fähig und findet überdies auch ihr Correlat in den anderweiten Bestimmungen dieses Gesetzes, nach welchen der Standesbeamte verpflichtet ist, sich von der Richtigkeit der Anzeigen, wenn er dieselben zu bezweifeln Anlaß hat, zu überzeugen (vgl. §§ 21, 45, 48 u. 58), während dies bei dem Registerrichter in Betreff der von dem Vorstand der Genossenschaften eingereichten Mitgliederverzeichnisse nicht zutrifft."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 10. Jan. 1880 in einer preuß. (landrechtl.) Sache. Annalen des RG. Bd. 1 S. 527 ff.

---

4. Kann der ausgetretene Genosse einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit zu Nachschüssen für später eingetretene Schäden angehalten werden?

Nach den Statuten der klagenden, auf Gegenseitigkeit gegründeten Versicherungsgesellschaft haben die Genossen auf desfälligen Beschluß des Verwaltungsraths Nachschußzahlungen auf die feste Jahresprämie bis zum dreifachen Betrage derselben zu leisten. Im Jahr 1877 erging ein solcher

Beschluß, wonach die Genossen von 1875 und 1876 30 % nachzahlen sollten, um die in diesen beiden Geschäftsjahren entstandenen Deficits zu decken. Beklagter, der bis zum 1. October 1876 versichert gewesen war, weigerte die Zahlung, wurde aber dazu in 1. und 3. Instanz verurtheilt:

„Die Auffassung des vorigen Erkenntnisses, daß Beklagter die von der Direction und dem Verwaltungsrath der klagenden Genossenschaft ausgeschriebenen Nachschußzahlungen nur dann zu leisten brauche, wenn die das Deficit veranlassenden Brandschäden sämmtlich noch vor dem Ausscheiden des Beklagten eingetreten oder doch wenigstens die von den beschädigten Mitgliedern eingegangenen Versicherungsverträge sämmtlich noch vor jenem Ausscheiden zum Abschluß gelangt seien, scheitert an der Thatsache, daß sich die Versicherungsjahre der Genossen mit den Rechnungsjahren der Gesellschaft nicht decken. Nachschußzahlungen kommen zur Frage, wenn die normalen Versicherungsprämien zur Erfüllung der Verpflichtungen der Genossenschaft nicht ausreichen. Das Deficit bestimmt sich aber aus den gesammten Ergebnissen des Geschäftsjahrs und der aufgemachten Bilanz. Nur auf Grund eines umfangreichen Rechnungswerks ist zu constatiren, ob die Genossenschaft mit Gewinn oder Verlust gearbeitet hat, und für den Beschluß des Verwaltungsraths ist das Gesammtergebniß des Rechnungsjahrs Voraussetzung. Beschließt hiernach der Verwaltungsrath die Einforderung einer Nachschußzahlung, so muß die Verpflichtung Alle treffen, welche in dem bezüglichen Geschäftsjahr der Genossenschaft angehört haben. Denn der Verlust wird auf Grund des ganzen Rechnungswerks constatirt und der Beschluß des Verwaltungsraths erfolgt gegenüber den gesammten Genossen im betreffenden Jahre. Wie es gegenüber einer Mehrheit zu verschiedenen Zeitpuncten ausgeschiedener Mitglieder geschäftlich fast unmöglich sein würde, für jeden Einzelnen festzustellen, ob und welche Unterbilanz zur Zeit seines Austritts bereits vorgelegen habe, so bieten auch die einschlagenden Bestimmungen des Statuts für eine solche Trennung der Ergebnisse des Rechnungsjahrs nicht den geringsten Anhalt. Was aber die Natur der Sache mit sich bringt, müssen die Betheiligten beim Fehlen entgegenstehender Bestimmungen auch als ihre Absicht gegen sich gelten lassen. Jeder Beitretende weiß, daß Klägerin nicht in der Lage ist, nach seiner Versicherungszeit zu bestimmen, ob mit Gewinn oder Verlust gearbeitet wird, daß vielmehr für diese Frage nur die Ergebnisse des ganzen Rechnungsjahrs maßgebend sein können; er übernimmt daher mit seinem Beitritt dieses Risico." . . .

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 8. März 1879 in einer sächs. Sache. Entsch. Bd. 25 S. 273.

5. Ueber den gerichtlichen Schutz von auf dem Verkehr entzogenen Grundstücken durch Private errichteten Anlagen.* — Interdictum quod vi aut clam; exceptio: quod non tu vi aut clam feceris.**

*Vgl. Bd. 22 Nr. 10. — **Vgl. Bd. 9 Nr. 157; Bd. 27 Nr. 132 Ziff. 3.

Nach der Klagschrift war auf Anordnung der zuständigen Behörden die Einengung eines hinter der Langendammstraße zu Braunschweig fließenden Okerkanals angeordnet, die Vornahme der erforderlichen Anschüttungen den betreffenden Hausbesitzern überlassen und denselben widerruflich die Benutzung des dadurch gewonnenen Terrains gestattet. Die Vorbesitzer des Klägers und er selbst hätten von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht, auch an der Grenze nach den Beklagten zu eine Zaunbefriedigung gezogen, die anfangs November 1879 vom Kläger erneuert worden sei. Am 11. November desselben Jahrs hätten die Beklagten einen Theil dieser Befriedigung heimlich oder gewaltsam fortreißen, einen Theil des von dem Kläger in Benutzung genommenen ehemaligen Flußterrains durch eine Planke einfriedigen lassen und dadurch den Kläger von dessen Benutzung ausgeschlossen. Es wurde beantragt, die Beklagten zur Wegnahme der Planke und zur Räumung des in Besitz genommenen Terrains zu verurtheilen. — Diese, von den Beklagten nach allen Richtungen hin bestrittene, Klage ist in 1. Instanz als unbegründet zurückgewiesen. In der Berufungsinstanz wurde ein Beweisbeschluß abgegeben und nach stattgehabter Beweisaufnahme, welche im Wesentlichen die Richtigkeit der klägerischen Behauptungen bestätigte, dem Klagantrage gemäß erkannt. In den Entscheidungsgründen heißt es:

„Das streitige Terrainstückchen gehört zu denjenigen Anschüttungen, welche im öffentlichen Interesse von den mit der Aufsicht über die Okerkanäle der hiesigen Stadt beauftragten Behörden angeordnet bzw. zugelassen sind. Durch solche Verengerung der Okerkanäle entstanden längs derselben mehr oder weniger schmale Grundstücke, welche in Folge ihrer Erhebung über das Flußniveau für Privatzwecke benutzbar wurden, aber, weil die Landesgesetzgebung für derartige Veränderungen an öffentlichen Flüssen ein bestimmtes Verfahren vorschreibt, nicht, wie der alveus derelictus des römischen Rechts, ohne Weiteres Privateigenthum der Anlieger wurden, sondern, wie die Rechtsprechung constant angenommen hat, vorerst und bis zur gesetzlichen Regulirung und der dadurch ermöglichten Inverkehrsetzung (vgl. braunschw. Grundbuchordnung vom 8. März 1878 § 24 Abs. 2) den bisherigen rechtlichen Character der Extracommercialität beibehielten. Dieselben unterstehen daher noch nach wie vor der kraft Hoheitsrechts (nicht kraft Eigenthumsrechts) ausgeübten Verwaltung und Beaufsichtigung der betreffenden Staatsbehörden. Die thatsächlich erlangte Verwendbarkeit für den Privatverkehr stellt sie während dieses regelwidrigen Zwitterzustandes

in allen Hauptrücksichten derjenigen Klasse von res extra commercium gleich, welche unter der Bezeichnung loca publica die öffentlichen Straßen, Plätze, Wege u. dgl. begreifen und deren Benutzung zu anderen Zwecken, als wie sie der usus publicus mit sich bringt, soweit der letztere die erstere gestattet, unter der hier kraft Eigenthumsrechts geübten Aufsicht der entsprechenden Staats- und Gemeindeorgane steht. Eine derartige Benutzung ist aber im römischen Recht — welches in dieser Beziehung landesrechtlich nicht abgeändert ist — nicht nur in gewissen Grenzen freigegeben, sondern auch unter gerichtlichen Schutz gestellt.

Dies gilt namentlich im Fall landesherrlicher Concession — welcher indeß die Verleihung seitens der dazu verfassungsmäßig competenten Behörden gleichgestellt ist:

fr. 2 pr. ne quid in loco publ. 43. 8, vgl. mit fr. 3 § 4, fr. 5 § 4 quod vi aut clam 43. 24; fr. 1 de loco publ. fruendo 43. 9 —,

mit der näheren Bestimmung, daß zwar solche Verleihungen an und für sich niemals zum Nachtheil Dritter ertheilt werden sollen, daß aber, wenn sie diese Folge dennoch haben, der Benachtheiligte nicht des betreffenden Interdicts, also der gerichtlichen Klage, genießen soll, sondern darauf verwiesen ist, Abhülfe im Verwaltungswege zu suchen:

fr. 2 §§ 10, 16 ne quid in loco publ. 43. 8.

Einem solchen Concessionär steht zugleich, soweit er sich innerhalb der ihm verliehenen Concession hält, gegen dritte Private, die ohne Concession denselben locus publicus zu ihren Privatzwecken benutzen wollen, dasselbe prohibitorische Interdict zu:

fr. 2 § 15 eod.

Aber selbst derjenige Private, welcher ohne Concession, wenn nur ohne Widerspruch zu finden (nemine prohibente), den gemeinen Gebrauch nicht störende Anlagen auf dergleichen öffentlichen Grundstücken gemacht hat, wird dritten Personen gegenüber, denen sie nicht nachtheilig sind, in deren Benutzung geschützt:

fr. 2 § 17, fr. 7 eod.;

nur hat er sich ähnliche Benutzungsweisen desselben Grundstücks seitens Anderer, auch wenn sie seinen ebenfalls unconcessionirten Anlagen Nachtheil bringen, gefallen zu lassen:

fr. 2 § 15 eod.; vgl. überhaupt Francke im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 22 S. 386 ff.; Stölzel in Ihering's Jahrb. Bd. 8 S. 156 ff.

Der Anwendbarkeit dieser Sätze auf den vorliegenden Fall steht der Umstand, daß das in Frage kommende Terrain noch die rechtliche Natur eines öffentlichen Flusses hat, um so weniger im Wege, als ähnliche,

selbst noch weiter gehende Bestimmungen zu Gunsten freier Benutzung des Meeresufers, einer res communis omnium, wie das Meer selbst, bestehen:

vgl. Francke a. a. O. S. 388 f.; Windscheid Pand. Bd. 1 § 146 Nr. 2.

Von dieser rechtlichen Grundlage ging der Beweisbeschluß vom 26. April d. J. aus, in welchem als Möglichkeit theils vorausgesetzt war, daß die vom Kläger nachträglich behauptete concessionsweise Gestattung der Benutzung stattgefunden, theils berücksichtigt war, daß der Kläger oder einer seiner Rechtsvorgänger das betreffende Terrain zwar ohne obrigkeitliche Genehmigung, aber doch nemine prohibente bereits früher in erkennbarer Weise in Besitz genommen habe, und wobei angenommen ist, daß im ersteren Fall der Kläger überhaupt gegen jeden Eingriff eines Dritten in das ihm provisorisch überwiesene Gebiet zu schützen sei, im zweiten Fall aber jedenfalls insoweit privatrechtlichen Schutz zu beanspruchen habe, als das Recht jedes Andern auf gleiche Benutzung des rechtlich noch extracommercialen Terrains darin seine Grenze finden muß, daß er bereits bestehende nemine prohibente erfolgte Inbesitznahmen und errichtete Anlagen zu respectiren hat.

Im Zusammenhalt mit dem Ergebnisse der Beweisführung kann hiernach die Entscheidung nicht zweifelhaft sein.

Daß das Vorgehen der Beklagten durch Beseitigung des klägerischen Stacketts und Ziehung der eigenen Planke nach dem beigebrachten factischen Material ein vi aut clam factum ist, bedarf weiterer Ausführung nicht. Der Einwand derselben, des Klägers eigene Anlage sei ebenfalls eine dem Interdict verfallende Eigenmacht gewesen (exceptio quod non tu vi aut clam feceris), scheitert schon daran, daß es sich dabei nur um die Erneuerung einer längst vorhandenen, nur theilweise verfallenen Befriedigung gehandelt hat, und würde auch ohnedies nicht beachtet werden können, weil den Beklagten der Rechtsweg offen stand und diese Einrede nur ex magna et satis necessaria causa gewährt wird:

fr. 7 § 3, fr. 22 § 2 quod vi aut clam 43. 24.

Desgleichen ist die Behauptung, durch die competente Obrigkeit zu der Maßregel autorisirt worden zu sein, welche an sich zulässig sein würde:

fr. 3 § 4 eod.,

unbewiesen geblieben, ja widerlegt worden.

Andrerseits hat es der Kläger nicht bloß an der Glaubhaftmachung, sondern selbst an dem Beweise eines gesetzlichen Prohibitionsgrundes diesen Beklagten gegenüber nicht fehlen lassen. Das angestellte Interdict erstreckt sich im Allgemeinen auch auf opera in publico solo facta:

fr. 20 § 5, fr. 7 § 8, fr. 11 § 1 eod.;

den Kläger persönlich aber berechtigt zur Abwehr der auf derartigem Grund und Boden erfolgten Eingriffe nach dem Obigen principaliter die — den

treffenden Grundbesitzern als solchen, nicht etwa nur für ihre Person — n der competenten Behörde ertheilte Concession zur einstweiligen ausßlichen Benutzung des jedem einzelnen Hause vorliegenden ehemaligen ußterrains und eventuell — falls nämlich die Concession durch Ueberhreitung des anfangs gesetzten Zielpuncts nicht streng innegehalten sein lte — die seit längerer Zeit nemine prohibente erfolgte Priorität in r Besitznahme.

Der von ihm beanspruchte Schutz des vorhandenen status quo ist ihm aher ohne Weiteres zu gewähren."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 2. Juni 1880 i. S. Blie w. Klusmann u. Heinecke wegen Eingriffs. D.

L. Nur der Betrug, der den Abschluß des Geschäfts veranlaßte, begründet einen Anspruch auf Rescission des Geschäfts.

gl. Bd. 2 Nr. 167; Bd. 11 Nr. 221 Ziff. II; Bd. 17 Nr. 129; Bd. 18 Nr. 235, 237; Bd. 27 Nr. 111; Bd. 35 Nr. 107.

In den Entscheidungsgründen des die Klage auf Aufhebung eines auf- und Cessionsvertrages abweisenden Erkenntnisses 2. Instanz wurde usgeführt: „Die gesammte Darstellung des Klägers läßt sich nicht dahin erstehen, daß S. durch das angeblich betrügliche Verhalten des Beklagten ur käuflichen Abtretung der in Rede stehenden Forderung an Letzteren überhaupt (ut venderet) bestimmt, sondern nur dahin, daß er durch die Mittheilungen des Beklagten über die ungünstigen Vermögensverhältnisse es Schuldners zur Vereinbarung einer verhältnißmäßig so geringen ssionsvaluta bewogen worden sei. Nur im ersteren Fall würde die hobene Klage in den Rechten gegeben sein, während in dem letzteren all dem Kläger nur ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht, welcher als auptobject der Klage der speciellen thatsächlichen Begründung bedarf und icht der Liquidationsinstanz vorbehalten bleiben kann."

Die hiergegen vom Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde verworfen:

„Indem der vorige Richter von seiner Feststellung aus die Klage abweist, verletzt er nicht den Grundsatz, daß alle Rechtsgeschäfte wegen Betrugs anfechtbar sein sollen, sondern er wendet nur die in den Gesetzen begründete Rechtsregel an, daß die Anfechtbarkeit je nach den Umständen sich verschieden gestalten muß, daß nämlich der Betrogene, falls er durch den ihm gespielten Betrug zum Abschluß eines Geschäfts veranlaßt wurde, die Aufhebung desselben verlangen kann, wogegen, wenn dies nicht der Fall und der Betrug nur die Modalitäten eines Geschäfts betraf, dem Betrogenen keine Rescissionsklage, vielmehr ein die Wiederaufhebung der Betrugsfolgen bezweckender Schadensersatzanspruch zu Gebot steht.

Wenn aber die Nichtigkeitsbeschwerde weiterhin rügt, daß der Appell.-Richter von der fraglichen Rechtsregel eine falsche Anwendung dadurch gemacht habe, daß er auch in dem vorliegenden die Bestimmung des Kaufpreises betreffenden Betrugsfall nur einen Anspruch auf Schadensersatz für berechtigt hielt, so ist hierauf zu entgegnen, daß, wenn auch die Festsetzung eines Kaufpreises überhaupt zu denjenigen Vertragspuncten gehört, ohne welche ein Kaufgeschäft nicht rechtlich denkbar ist, doch die Frage, in welchem Betrage der Kaufpreis vereinbart wurde, nicht zu den Essentialien, sondern zu denjenigen Modalitäten des Geschäfts zu zählen ist, bei welchen, wenn ein Betrug concurrirt, auf den Weg der Schadensersatzklage verwiesen werden muß."

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 19. März 1880 in einer preuß. (hessischen) Sache. Heuser Annalen Bd. 25 S. 8.

---

7. Rescissionsklage wegen dolus causam dans, insbesondere über den Causalzusammenhang zwischen der unwahren Mittheilung und dem Entschluß zur Eingehung des Geschäfts.

Vgl. Bd. 34 Nr. 146.

Indem der 2. Richter . . . annimmt, daß der angeblich Betrogene, sofern er das wissentlich unrichtige Vorbringen einer Thatsache, welche geeignet erscheint, den Entschluß eines verständigen Mannes in Bezug auf den Vertragsabschluß zu bestimmen, beweist, nicht noch besonders den subjectiven inneren Vorgang, daß er durch jenes Vorbringen bestimmt worden, zu beweisen hat, befindet er sich im vollen Einklange mit den diesseitigen Ausführungen in der Entscheidung des Vorprocesses zwischen den Parteien [1]), von welchen abzugehen kein Anlaß vorliegt. Die gedachte Annahme findet ihre Rechtfertigung einmal darin, daß überhaupt, sofern es sich um den Nachweis der Bewirkung eines inneren Vorgangs durch eine Thatsache handelt, der Beweispflichtige von der regelmäßigen Wirkung auf eine normale Complexion eines verständigen und in seinen Angelegenheiten sorgfältigen Menschen muß ausgehen dürfen, und ferner noch besonders darin, daß, wer wissentlich eine falsche erhebliche Thatsache zum Zweck der Einwirkung auf den Andern vorbringt, damit ausdrücklich zu erkennen giebt, wie er selbst voraussetzt, jene Thatsache werde auch für den Andern erheblich sein. Weist daher der mit der actio ex dolo Klagende das wissentliche Vorbringen einer unrichtigen, für ein Geschäft wie das in Rede stehende erheblichen Thatsache nach, so ist es Sache des Gegners, zur Beseitigung des Schlusses aus der Erheblichkeit der Thatsache an sich auf deren Bedeutsamkeit auch für den Kläger Umstände nachzuweisen, aus denen sich ergiebt, daß Kläger auf diese That-

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 34 Nr. 146.

sache sein Augenmerk nicht gerichtet, keinen entscheidenden Werth gelegt habe. Völlig abzuweisen aber als nicht zur Sache gehörig ist die Erörterung der Hypothese, ob der Kläger nicht doch, auch wenn jene Thatsache nicht vorgebracht worden wäre, sich zum Geschäftsabschluß entschlossen hätte. Es handelt sich um eine concrete Willensbestimmung, hervorgerufen auf Grund bestimmter Vorstellungen, deren Wirkungen der Kläger, weil eine der Vorstellungen durch Vorbringen einer falschen Thatsache bewirkt worden, dem Vorbringer dieser Thatsache gegenüber beseitigt wissen will. Dabei handelt es sich bloß um die Thatsache, ob jene durch das unrichtige Vorbringen hervorgerufene Vorstellung für die Fassung des Entschlusses entscheidend mitgewirkt hat oder nicht. Um jene entscheidende Mitwirkung anzunehmen, ist es durchaus nicht erforderlich, daß der Kläger sich zugleich eventuell darüber schlüssig gemacht hätte: falls jene Vorstellung nicht noch hinzutrat oder als unrichtig auszuscheiden wäre, das Geschäft nicht einzugehen. Es reicht vielmehr vollkommen aus und wird in der Regel der wirkliche Hergang sein, daß der Kläger die Reihe der auf ihn wirkenden Vorstellungen noch nicht abgeschlossen und noch keinen Entschluß gefaßt hatte, als jene Vorstellung in ihm erregt wurde, welche nunmehr in Verbindung mit den andern Vorstellungen den Entschluß hervorbrachte, und daß er nunmehr auch keine Veranlassung mehr hatte, sich eventuell noch darüber schlüssig zu machen, was er thun würde, wenn jene Vorstellung auszuscheiden wäre. Der Verklagte mag beweisen, daß der Kläger zum Abschluß des Geschäfts bereits entschlossen war, als das falsche Vorbringen erfolgte, oder daß er sich, wenn auch zur Zeit, nachdem jenes Vorbringen erfolgt war, doch ohne Rücksicht auf dasselbe entschlossen hatte. In Wahrheit ist dies der Beweis, daß die an sich erhebliche Thatsache doch nicht für den Kläger erheblich gewesen ist.

Eine den Boden der Thatsachen, wenn auch innerer Thatsachen, völlig verlassende, sich nach rückwärts erstreckende Betrachtung, was der Kläger wohl gethan haben würde, wenn die gedachte Vorstellung nicht in ihm erregt worden wäre, ist ohne rechtliche Bedeutung. Der bloßen Möglichkeit, daß er doch das Geschäft abgeschlossen hätte, steht die Möglichkeit, daß er noch ganz andere Vorstellungen in sich aufgenommen, dieselben durch Fragen und Rücksprachen angeregt und dann erst sich entschlossen hätte, in den vielfältigsten Varietäten entgegen. Die erstgedachte bloße Möglichkeit ist daher gegenüber der Wirklichkeit, nach welcher der Entschluß für das Geschäft unter Mitwirkung der durch das unrichtige Vorbringen erzeugten Vorstellung in Wahrheit gefaßt ist, während es gerade dieses Vorbringen verhindert hat, einen Entschluß unter Absehen von jener Vorstellung zu fassen, ohne rechtliche Bedeutung." . . .

Erk. des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 16. Mai 1879 i. S. Winter w. Uhl wegen Rückzahlung. D.

8. Simulirter Kaufcontract; Verschleierung einer Verpfändung von Mobilien.

Vgl. Bd. 7 Nr. 282; Bd. 10 Nr. 243; Bd. 14 Nr. 90; Bd. 19 Nr. 122.

Inhaltlich des Vertrags vom 24. Jan. 1874 verkaufen der Pächter C. und seine Ehefrau das dort verzeichnete Inventar (Rindvieh und Pferde, taxirt zu 7200 Thlr., an R. für 6000 Thlr. und bekennen, das Kaufgeld durch Waaren und Kasse (baar) empfangen zu haben; die Verkäufer behalten jedoch den Besitz und die Benutzung des Inventars und versprechen, nicht bloß dem Käufer 6 % Zinsen von dem gedachten „Capital" zu bezahlen, sondern auch das verkaufte Vieh ohne Anspruch auf Entschädigung zu verpflegen und nach seinem Werth zu versichern. Der Käufer wird dagegen für berechtigt erklärt, für den Fall, daß die Verkäufer die Bedingungen nicht erfüllen, den Kaufpreis zu verlangen oder sich vom Inventar bezahlt zu machen, soweit seine Contoforderung an die Verkäufer reiche, während den Letzteren wiederum die Befugniß eingeräumt ist, die Kaufobjecte zu dem verabredeten Kaufpreise bzw. dem Betrage der Forderung des Käufers zurückzuerwerben.

Dieser Vertrag ist ohne Zweifel ein simulirter Kaufcontract, nur dem Namen nach als solcher bezeichnet, in Wirklichkeit aber dazu bestimmt, eine in § 12 des (preuß.) Gesetzes vom 29. Mai 1873[1]) verbotene Verpfändung von Mobilien zu verschleiern. Es gilt daher weder das abgeschlossene noch das beabsichtigte Geschäft.

Fr. 36 de contr. emt. 18. 1; fr. 46 loc. cond. 19. 2; const. 1, 2, 3 plus val. 4. 22; const. 3 de contr. emt. 4. 38.

Schon der Umstand, daß der Kaufpreis dem wirklichen Werth des Inventars nicht entsprach, 1200 Thlr. unter dem Taxatum blieb, und die Thatsache, daß die Verkäufer das zu ihrem Ackerbau nothwendige lebende Gutsinventar veräußerten, gleichwohl aber für unbeschränkte Zeit in dessen Besitz und Genuß bleiben sollten, lassen erhebliche Bedenken darüber aufkommen, ob die Absicht der Contrahenten auf die Verabredung eines wirklichen Kaufpreises gerichtet war. Das Gegentheil geht aber mit Bestimmtheit aus § 2 des Vertrags hervor, worin der Kaufpreis ausdrücklich ein „Capital" genannt wird, das der angebliche Käufer zu fordern habe und die Verkäufer mit 6 % Zinsen in vierteljährigen Raten zu verzinsen versprechen. Aber auch die Absicht des Käufers, die angeblich gekauften Gegenstände wirklich als sein Eigenthum zu behalten, liegt nicht vor. In § 3 des Vertrags wird den Verkäufern

[1]) Der § 12 des Gesetzes über das Grundbuchwesen in dem Bezirke des AG. zu Kassel lautet: Die Bestellung einer Hypothek am ganzen Vermögen, sowie die Bestellung einer Hypothek an beweglichen Sachen, einschließlich der Forderungen, ist fortan unzulässig

das Recht zugesprochen, willkürlich vom Vertrage abzugehen; sie brauchen nur die Bedingungen des Vertrags nicht zu erfüllen, um den Käufer zu nöthigen, entweder das Kaufgeld zurückzufordern oder die Inventarstücke an Zahlungsstatt anzunehmen. Dieses Wahlrecht des Käufers ist ausschließlich auf den Zweck seiner Befriedigung wegen des erwähnten „Capitals" gerichtet und geht nicht weiter, als dessen sog. Contocorrentforderung reicht, gleichviel ob solche zur Zeit des Abschlusses des Vertrags bereits begründet und fällig war oder erst später begründet und fällig wurde. R. hat denn auch das Conto des C. nicht etwa am 24. Jan. 1874 abgeschlossen und sich den verabredeten Kaufpreis zur Last gesetzt, sondern jenes Conto fortgeführt, gleich als ob ein Kaufvertrag garnicht zu Stande gekommen wäre. Die Ausflucht, daß sich das fragliche Geschäft mit den ausbedungenen Modalitäten in kaufmännischer Weise nicht habe buchen lassen, ist hinfällig, da derartige Modalitäten überhaupt nicht in kaufmännisch geführte Bücher gehören und für die Buchung des vorliegenden Geschäfts, wenn es anders ernstlich gemeint gewesen, allein maßgebend sein konnte, daß nach der dem Vertrage in § 1 einverleibten Quittung die am 24. Jan. 1874 bestehende Forderung des R. im Betrage von 6000 Thlr. für Waaren und baare Darlehne durch den stipulirten Kaufpreis gedeckt werden sollte.

Wenn hiernach das Uebereinkommen vom 24. Jan. 1874 von Anfang an nichtig war, so convalescirte es auch dadurch nicht, daß die Contrahenten dasselbe in § 2 des Vertrags vom 17. Febr. 1876 wiederholten, oder sonst anerkannten. . . .

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 7. Mai 1880 in der preuß. (hessischen) Sache Creydt'sche Concursmasse w. Rosenberg. St.

---

9. Wann ist eine Bedingung, deren Eintritt von dem bedingt Verpflichteten gehindert worden ist, für erfüllt anzunehmen?

Vgl. Bd. 4 Nr. 97; Bd. 10 Nr. 128; Bd. 23 Nr. 13; Bd. 28 Nr. 104; Bd. 32 Nr. 300.

Der Beklagte hatte eine Bürgschaft für den Betrag von 2000 M. unter der Bedingung übernommen, wenn das von ihm neuestens unternommene Wollwaarengeschäft einen derartigen günstigen Fortgang nehme, daß ihm die Bezahlung der Bürgschaft durch die Erträgnisse desselben ermöglicht werde. Bald nach diesem Versprechen gab aber der Bürge das unternommene Geschäft wieder auf. Der Gläubiger nahm den Bürgen in Anspruch und berief sich gegenüber der Einwendung, daß das Geschäft, aus dessen Ertrag Zahlung zugesagt worden sei, nicht mehr bestehe, auf die in der Ueberschrift angezogene Rechtsregel. Diese Rechtsregel wurde für nicht zutreffend erkannt und in den Entscheidungsgründen diesfalls bemerkt:

Jene Regel ist nur dann anwendbar und von diesem Gericht n dann angewendet worden, wenn die den Eintritt der Bedingung verhindern Handlung nicht aus einem rechtmäßigen Grunde, sondern in der Absi vorgenommen wurde, sich dadurch der bedingt übernommenen Verpflichtu zu entziehen. Sie wäre also nur zutreffend, wenn der Beklagte nicht a Erwägungen der Zweckmäßigkeit für seinen Hausstand, sondern zur Chika des Klägers das Wollwaarengeschäft aufgegeben hätte. In letzterer Hinsi fehlt es aber an einer Behauptung und Begründung (vgl. Württe Archiv f. Recht u. Rechtsverw. Bd. 7 S. 75 f., Bd. 12 S. 215 f.).

Erk. des OLG. zu Stuttgart (1. Sen.) v. 12. Febr. 1880 i. S. Stübler w. Stahl. P.

10. Der Nichteintritt der Voraussetzung bei Uebernahme einer Verpflichtu befreit den Verpflichteten.

Vgl. Bd. 34 Nr. 268 mit Nachw.

In einem allgemeine Gütergemeinschaft festsetzenden Ehe- und Er vertrage war bestimmt: die Braut bringt ein väterliches Vermögen v 1600 fl. in die Ehe; ferner: für den Fall, daß die Frau vor dem Eh mann ohne Hinterlassung von Kindern aus dieser Ehe versterben soll hat dieser 600 fl. als Rückfall an die nächsten Verwandten hinauszuzahle Als dieser Fall eintrat, erhoben die Verwandten der verstorbenen Ehefr Klage auf Zahlung des Rückfalls gegen den Ehemann. Dieser vertheidig sich mit der Behauptung, daß die Verstorbene das zugesicherte Vermöge nicht in die Ehe gebracht habe, hiernach die Voraussetzung nicht eingetrete sei, unter welcher jene Verpflichtung von ihm übernommen wäre. — Da Berufungsgericht erachtete diese Behauptung als erheblich, und die von de Klägern gegen diese Entscheidung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurd verworfen. In den Gründen wird ausgeführt:

Die Nichtigkeitsbeschwerde bezeichnet als verletzt die Bestimmungen de gemeinen Rechts über die Folgen der irrthümlichen Voraussetzung; e solle hiernach zwar bei irriger Voraussetzung ein Rechtsgeschäft auf de Todesfall ungültig werden, dagegen bei Geschäften unter Lebenden die U gültigkeit nur dann eintreten, wenn die Voraussetzung demjenigen, zu dess Gunsten die Willenserklärung erfolgt ist, in erkennbarer Weise als sol entgegengetreten ist, während nach fr. 52 u. fr. 65 § 2 de cond. ind. 12. der Irrthum im Beweggrunde das Rechtsgeschäft nicht ungültig mache.

Dieser Ausführung liegt offenbar eine Verwechslung der Voraus setzung eines Rechtsgeschäfts mit dem Irrthum beim Abschluß Grunde. Die beiden Gesetzesstellen sprechen von der Unzulässigkeit d Rückforderung eines Gegebenen, si causa falsa sit, und hierauf gest sagt auch Windscheid an der von dem Beschwerdeführer allegirten St

hrb. des Pand.-Rechts), daß der Irrthum im Beweggrunde als solcher t hinreicht, um den Irrenden von den nachtheiligen Folgen seines Irr- ns zu befreien. Dieser Fall ist hier nicht gegeben. Nach der in der tigkeitsinstanz nicht mehr anfechtbaren Auslegung des Vertrags war Einbringen des von der Ehefrau versprochenen Vermögens in die Ehe den Ehemann dasjenige, ohne welches er die Uebernahme einer Ver- htung zur Leistung des Rückfalls nicht gewollt haben würde, d. h. die ausſetzung seiner Verpflichtung. Wesentlich verschieden hiervon ist der dem Beschwerdeführer betonte Irrthum, der, wie ihn Windscheid ichnend im Gegenhalt zur Voraussetzung definirt:

l. Windscheid von der Voraussetzung 1850 S. 7,

dasjenige begreift, „weswegen man gewollt hat". Ein solcher Irrthum hier nach der Feststellung des Berufungsgerichts überhaupt nicht in ge; denn der sich Verpflichtende hat das „als gewollt Erklärte", nämlich Leistung eines Rückfalls, auch wirklich gewollt, seine Willenserklärung durch keinerlei irrige Vorstellung beeinflußt; aber die von ihm über- mene Verpflichtung war keine unbeschränkte; sie sollte nur unter ge- n thatsächlichen Verhältnissen nach dem Willen der vertragschließenden le ihre Wirkung äußern. In solchem Fall kann bei deren Nichtbestehen auf Leistung gleichwohl Belangte mit der exceptio doli sich schützen.

l. Windscheid a. a. O. § 5 und die dort angeführten Gesetzesstellen.

rtheil des obersten LG. f. Bayern v. 12. März 1880. HV. Nr. 5410.

v. L.

II. Eigenthumsklage gegen den, der dolo malo desiit possidere.

Vgl. Bd. 15 Nr. 202; Bd. 33 Nr. 358; sowie die folgende Nr.

Auf die Eigenthumsklage des B. waren die S.'schen Eheleute zur usgabe verschiedener Mobilien an denselben verurtheilt. Einige der- herauszugeben weigerte sich der Vermiether der S.'schen Eheleute, R., seines Pfand- und Retentionsrechts, obwohl der Gerichtsvollzieher lben von dem Sachverhältnisse in Kenntniß gesetzt hatte. Er ließ n, ohne daß B. hiervon etwas erfuhr, dieselben Mobilien in seiner gegen die S.'schen Eheleute wegen Miethforderung versteigern. Als chst B. gegen R. mit einer Vindication auftrat, wurde der Letztere . Instanz, weil er dolo aufgehört habe zu besitzen, verurtheilt und on ihm verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen. In den Gründen es:

„Die Voraussetzung der Haftung des Beklagten, qui dolo malo pos- re desiit, ist nach den Quellen bei unredlichem Besitze nichts weiter bsichtliche Besitzentäußerung; nicht erforderlich ist, daß die letztere

speciell zu dem Zwecke geschieht, sich dadurch der Klage des Eigenthümers oder des Erben zu entziehen.

S. Windscheid Pand. Bd. 1 § 193 Not. 8; Francke Comm. zum Pand.-Titel de heredit. pet. S. 147 f., 227, 269; Seuffert Archiv Bd. 15 Nr. 202, Bd. 33 Nr. 35.

. . . Auch im vorliegenden Fall kommt es somit darauf an, ob der Beklagte als unredlicher Besitzer anzusehen und ob der Besitzverlust mit seinem Willen eingetreten ist. Beide Puncte — jedenfalls der erstere — sind indeß auf in dieser Instanz unangreifbare Weise durch den Appell.-Richter festgestellt. Zunächst spricht derselbe aus, daß durch Zugeständniß bzw. Beweis feststehe, daß der Beklagte die betreffenden Sachen zum gerichtlichen Verkauf gebracht habe, „trotzdem Beklagter zur Zeit der Subhastation das Eigenthumsrecht des Klägers an den Möbeln gekannt habe". Wenn nun auch die Meinungen darüber aus einander gehen oder aus einander gehen können, inwieweit Zweifel über die eigene Berechtigung dem ersichtlich gemachten Anspruch eines Dritten gegenüber die mala fidei possessio begründen:

vgl. z. B. Windscheid Pand. Bd. 1 § 176 Not. 3; v. Savigny Obligationenrecht Bd. 2 S. 150 f.; Seuffert Archiv Bd. 29 Nr. 219,

so ist es doch selbstverständlich, daß die vom Vorrichter constatirte Bekanntschaft des Beklagten — nicht damit, daß ein Anspruch erhoben werde, sondern — mit dem überwiegenden Recht des Dritten, hier dessen Eigenthumsrecht, gerade und vorzugsweise zum malae fidei possessor bzw. fictiven Besitzer macht.

Fr. 20 § 6 de H. P. 5. 3: quum scirent, ad se non pertinere, im Gegensatze zu qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent; fr. 13 § 2 eod.: si scit et restituit.

Was sodann den absichtlich herbeigeführten Besitzverlust betrifft, so hat . . . auch in dieser Beziehung der vorige Richter thatsächlich festgestellt, daß der Verkauf „sicherlich nicht ohne dessen Wissen und Einwilligung" stattgehabt habe, und dieses aus den Umständen des Falls näher motivirt. Aber auch wenn hierin (verb. „sicherlich") keine so bestimmte thatsächliche Feststellung zu finden sein sollte, daß durch sie der Cassationsrichter gebunden würde, so führt doch bei einer anzustellenden Nachprüfung schon der Umstand, daß der jetzige Beklagte die streitigen Sachen kraft eines als Vermiether ausgeübten Pfand- und Retentionsrechts zur entscheidenden Zeit in eigener Detention hatte, zu der Ueberzeugung, daß sie behufs der von ihm selbst — wenn auch etwa nur im Allgemeinen — gegen seinen Miether beantragten Zwangsvollstreckung nicht ohne sein Wissen und Willen aus derselben haben entfernt und in seinem Interesse haben versteigert werden können."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 26. April 1880 i. S. Barth w. Rischbieter wegen Herausgabe. T.

Sct. Iuventianum. Benachrichtigung des Besitzers einer Sache von Ansprüchen eines Dritten an dieselbe versetzt jenen nicht nothwendig in malam fidem.

Vgl. die vorige Nr.

E. verkaufte im August 1878 an H. ein Paar Ochsen, behielt sich och sein Eigenthum bis zur Bezahlung des Kaufpreises vor. Der Kaufis wurde nicht bezahlt, und es erhob nun E. gegen X. Klage, indem unter der Behauptung, daß dieser die Ochsen von H. gekauft und im sitz habe, die Anerkennung seines Eigenthums hieran und Herausgabe selben verlangte. — Der Beklagte brachte vor, daß er schon vor der ageſtellung, am 29. April 1879, die Ochsen weiter verkauft habe und h nicht mehr in deren Besitz befinde; er gab jedoch zu, daß am 28. April r Kläger ihm erklärt habe, die Ochsen gehörten ihm. — Der Kläger chte nunmehr geltend, daß der Beklagte als fictus possessor das Interesse rch Zahlung des Kaufpreises leisten müsse.

Ueber diese Frage sprach sich der oberste Gerichtshof aus wie folgt:

Nach dem für die hereditatis petitio erlassenen und dann auch auf die i vindicatio angewendeten sog. sct. Iuventianum kann letztere Klage auch en denjenigen, welcher den Besitz der vindicirten Sache vor Beginn des ocesses arglistigerweise aufgegeben hat, auf Leistung des Interesse erden werden.

Fr. 27 § 3 de R. V. 6. 1; fr. 131 u. 157 § 1 de R. J. 50. 17.

zum dolus das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Handelnden erderlich ist, muß auch der Besitzer sich des Besitzes mit dem Bewußtsein Rechtswidrigkeit seiner Handlung entäußert haben, wenn er nach obiger gel als fingirter Besitzer behandelt werden soll. Vom unredlichen Beer, nämlich von demjenigen, welcher wußte, daß die von ihm besessene he weder zu seinem eigenen Vermögen gehöre noch seinem Verfügungste unterliege, nimmt der bezeichnete Senatsbeschluß an, daß er auch sen muß, die von ihm unrechtmäßig innegehabte Sache nicht zum Nachl des Eigenthümers aus seiner Gewalt lassen zu dürfen, und daß er, n er sich gleichwohl des Besitzes derselben entledigt, arglistig handelt.

r. 20 § 6, 12; fr. 25 § 2, 3, 5, 6 de H. P. 5. 3.

stehen muß daher, daß der Besitzer sich der Unrechtmäßigkeit seines sitzes bewußt war.

Diese Ueberzeugung kann der Besitzer allerdings auch durch außerrichtliche Mittheilungen von Seiten des berechtigten Eigenthümers ngen; daß aber durch die bloße Bekanntgabe der Ansprüche des Eigenmers die redliche Ueberzeugung des Besitzers jedesmal in das Bewußtn der Unredlichkeit umgewandelt werde und jede nach solcher Mittheilung

vorgenommene Besitzentäußerung als arglistig angesehen werden müsse, ist den Gesetzen nicht ausgesprochen. Daraus, daß nach fr. 31 § 3 de H. P. 5. fr. 33, 45, 51 de R. V. 6. 1 in Folge der durch Beginn eines Proces begründeten Verantwortlichkeit des beklagten Besitzers für die strittige Sa auch der redliche Besitzer das Interesse zu leisten hat, wenn durch s Schuld die Unmöglichkeit der Herausgabe nach Erhebung des Proces eintritt, kann nicht, wie Nichtigkeitskläger meint, die Folgerung gezog werden, daß der redliche Besitzer schon durch außergerichtliche Bekanntg der gegnerischen Eigenthumsansprüche in bösen Glauben versetzt und weg einer nach jener Bekanntgabe vor der Klagestellung vorgenommenen B sitzentäußerung als fingirter Besitzer hafte; sondern es geht aus dem den angeführten Gesetzesstellen hervorgehobenen Gegensatz der beide Fälle klar hervor, daß derjenige, welcher den Besitz der Sache in gu Glauben erlangt hat, vor der Klagestellung nur dann in bösen Glau versetzt und für eine mit seinem Willen verursachte Unmöglichkeit Herausgabe als fingirter Besitzer haftbar wird, wenn er die Ueberzeug gewonnen hatte, daß ein Anderer ein besseres Recht zur Verfügung üb die Sache hat.

Ob der mit der Eigenthumsklage Belangte, welcher den Besitz vindicirten Sache schon vor Beginn des Processes aufgegeben hatte, b im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gethan hat, ist daher auch dann v Gericht nach freiem Ermessen festzustellen, wenn feststeht, daß der Beklag vor der Besitzentäußerung von dem Eigenthumsanspruch des Klägers Kenntniß gesetzt worden sei. Das Berufungsgericht hat daher dadu daß es die Klage abgewiesen hat, weil nicht feststehe, daß der Beklagte v dem Verkauf der Ochsen bestimmt gewußt habe, daß der Kläger Eigenthü derselben sei und sein Gebkäufer kein freies Verfügungsrecht über diesel habe, die oben angegebenen Rechtsnormen richtig angewendet.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 21. Juni 1880. HV. Nr. 55 v. L.

---

13. Der Umfang der Realservitut wird durch das Bedürfniß herrschenden Grundstücks, nicht durch das persönliche Interesse sei Eigenthümers bestimmt.

Vgl. Bd. 35 Nr. 277 mit Nachw.

Die Beklagte räumt ein, daß ihrem Grundstück Nr. 204 das R der Durchfahrt gegenüber dem klägerischen Grundstück Nr. 210[a] zusteht. Auch behauptet sie garnicht, daß eine solche Dienstbarkeit jem bestanden habe. Dagegen hält die Beklagte sich für berechtigt, die b ebenfalls ihr gehörigen, zwischen den gedachten beiden Grundstücken liegen Grundstück Nr. 210[b] gegenüber dem klägerischen Grundstück Nr. 21

estritten zustehende Gerechtigkeit der Durchfahrt von und nach der erstraße auch im Interesse ihres Grundstücks Nr. 204, d. h. zur Ver-telung des Wagenverkehrs des letzteren mit der Osterstraße, auszuüben zu verwerthen. Hierin kann der Beklagten und dem OG., welches er Abänderung des erstinstanzlichen Erkenntnisses den Kläger insoweit seinem Klagantrage abgewiesen hat, nicht beigetreten werden.

Es handelt sich nicht um eine der Beklagten persönlich eingeräumte rechtigung, sondern um eine Realservitut, nämlich um die dem zur Zeit Beklagten gehörigen Grundstück Nr. 210[b] gegenüber dem klägerischen ndstück Nr. 210[a] zustehende Durchfahrtsgerechtigkeit. Maßgebend für Inhalt und den Umfang dieser Gerechtigkeit ist daher nach bestimmten tsgrundsätzen nicht etwa das lediglich persönliche Interesse des jedes-igen Eigenthümers des herrschenden Grundstücks, sondern vielmehr das ürfniß des letzteren, d. h. seines Eigenthümers *als solchen*, nicht als Eigenthümers anderer Grundstücke oder wegen sonstiger persön-r Verhältnisse (fr. 5 § 1, fr. 6, 24, 29, fr. 33 § 1 de servitt. praed. 8. 3; fr. 44 locati conducti 19. 2; const. 12 de servitt. et aqua 34). Ein Abgehen von diesen Grundsätzen ergiebt sich aus den hierfür führten Stellen (fr. 1 § 11 und fr. 3 pr. de aqua quot. 43. 20) eswegs, und sowohl die herrschende Theorie als die Praxis haben sich gen ausgesprochen.

Geht nun hiernach die auf dem Grundstück Nr. 210[a] ruhende Servitut über das sich aus dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks 210[b] ergebende Maß hinaus, so wird dieses Bedürfniß allerdings ein chiedenes sein, je nachdem man das Grundstück Nr. 210[b] als ein für bestehendes selbständiges Ganzes oder als bloßes Zubehör eines andern ndstücks oder als Bestandtheil eines größeren Grundstücks betrachtet. wäre also an sich rechtlich möglich, daß bei Bestellung der Servitut Wille der Betheiligten auch, ja vielleicht vorzugsweise, dahin gegangen indirect dem anstoßenden Grundstück Nr. 204 den Vortheil einer erverbindung mit der Osterstraße über die Grundstücke Nr. 210[b] und 210[a] zu verschaffen, d. h. das Interesse des Grundstücks Nr. 204 dem Interesse des herrschenden Grundstücks Nr. 210[b] zu identificiren den Inhalt sowie das Maß der Ausübung der Servitut demgemäß chweigend zu erweitern. Dies als gewollt anzunehmen genügen aber Oertlichkeit und die sonstigen Umstände keineswegs.

theil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 24. März 1880 in einer *bremens.* Sache. Entsch. Bd. 1 S. 329.

14. Verpflichtung des Nießbrauchers von Grundstücken zur Tragung nothwendiger Reparaturen, auch in Folge elementarer Ereignisse.

Vgl. Bd. 7 Nr. 194; auch Bd. 15 Nr. 106; Bd. 17 Nr. 270.

Die Wittwe K., welche testamentarisch den lebenslänglichen Nießbrau u. A. des Hauses und Gartens ihres verstorbenen Ehemannes beh klagte gegen die Erben des Letzteren eine Auslagenrechnung im Betra von 165 ℳ 20 ₰ ein, welche durch dreijährige Reparaturen am Da Schornstein und Gartenstackett in Folge von Sturmwinden entstanden w Sie vermeinte zu Reparaturen, die durch außerordentliche Naturereigni hervorgerufen seien, nicht pflichtig zu sein. In 2. Instanz ward die Kl abgewiesen:

Es ist, wie Beklagte mit Recht rügen, von der Klägerin nicht einm dargelegt, daß und wie die heftigen Sturmwinde, deren die Klage erwäh als außerordentliche Naturereignisse angesehen werden müßten. Die V nahme, daß der Nießbraucher die durch elementare Ereignisse an den N Nießbrauch unterworfenen Gebäuden verursachten Schäden nicht zu vertre habe, findet aber auch in den Quellen keine Begründung. Schäden, w nicht einen Neubau, sondern bloße Reparaturen erfordern, sind, gleich wie sie entstanden sein mögen, von dem zur Erhaltung der Sache v pflichteten Nießbraucher auszubessern, soweit die Ausbesserung nicht Maß einer modica refectio — fr. 7 § 2 de usufr. 7. 1 — übersch Ein solches Uebermaß ist in den hier streitigen Fällen, bei welchen es nur um gewöhnliche Reparaturen handelt, nicht anzunehmen; vielm erhellt, wenn man in Betracht zieht, daß das Haus unbestritten ei Werth von 6000 ℳ und der berechnete Aufwand 1878 nur 81 ℳ 20 in jedem der beiden andern Jahre noch erheblich weniger betragen h ohne Weiteres, daß die Aufwendungen der Klägerin doch nur mä gewesen sind.

Urtheil des OLG. zu Kassel v. 10. Octbr. 1879. Heuser Ann Bd. 25 S. 79.

---

15. Erforderniß zur Entstehung einer Servitut ipso facto* ist Existenz zweier selbständiger Objecte, welche bisher den nämlichen H hatten. — Unterschied zwischen Zubehörungen und Bestandtheilen e Sache.

*Vgl. Bd. 35 Nr. 278 mit Nachw.

Das Anwesen Haus Nr. 78 zu L. bestand bis zum Jahr 1877 einem Wohnhause mit Stallung und Hofraum. Der Eigenthümer t in diesem Jahre das Wohngebäude sowie den Hofraum ab und verk die eine Hälfte — das neu gebildete Wohnhaus mit dazu bestimmtem

theil — an den Schreiner M. und das ursprüngliche Wohnhaus mit dem übrigen Theil des Hofes an den Schneider B. Letzterer erhob gegen M. Klage mit der Behauptung, daß die Besitzer des Hauses Nr. 78 von jeher mit ihren wirthschaftlichen Fuhren durch das Hofthor in den jetzt dem M. gehörigen Hofraum und von da in den jetzt ihm — Kläger — gehörigen Hofantheil gefahren seien; daß aber diese Fahrt durch M. unmöglich gemacht sei, indem er über die ganze Breite des Hofes einen Zaun errichtet habe. Es wurde beantragt, den Beklagten zur Anerkennung des beanspruchten Fahrtrechts und Entfernung des errichteten Zauns zu verurtheilen.

Das Gericht 1. Instanz erkannte im Sinn der Klage mit der Annahme, daß hier der Fall einer Entstehung der Servitut ipso facto gegeben sei. Das Berufungsgericht wies dagegen die Klage ab, weil hier die Voraussetzung für diese Art der Entstehung von Servituten, nämlich die Existenz zweier selbständiger praedia, welche vorher in der Hand desselben Eigenthümers vereinigt waren, nicht gegeben sei; denn der früher ungetheilte Hofraum habe mit dem früheren einzigen Wohnhause ein Ganzes gebildet, da er mit diesem als ein Ganzes in den öffentlichen Büchern kataſtrirt und unter einer Plannummer begriffen, endlich auch zu einer dem Zweck des Hauses entsprechenden Benutzung an und für sich bestimmt gewesen sei. — Die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde verworfen und hierbei über die Frage der Entstehung des geltend gemachten Fahrtrechts ipso facto bemerkt:

Wesentliche Voraussetzung für Entstehung einer Dienstbarkeit auf diesem Wege ist das Vorhandensein von zwei an sich getrennten selbständigen Grundstücken im Besitz desselben Eigenthümers. Das röm. Recht betont diese selbständige Eigenschaft der in Frage kommenden Objecte an den Stellen, aus welchen diese Art der Servitutenentstehung abgeleitet wird: fr. 10, 36, 37 de serv. praed. urb. 8. 2 — mit den Worten: si quis binas aedes habebat etc. Auch erklärt sich dieses gesetzliche Erforderniß durch die Erwägung, daß, solange die zwei Güter unter einem Herrn vereinigt sind, sie sich nach dem Princip „quod res propria nemini servit“ nicht einander dienen können, so zwar, daß, sobald durch Eintritt zweier verschiedener Herren dieses principielle Hinderniß beseitigt ist, das bisherige Dienstbarkeitsverhältniß zur förmlichen Servitut erwächst. Es muß also ein der Servitut gleichgeartetes thatsächliches Verhältniß zur Zeit der Vereinung der in Frage kommenden Objecte unter der Herrschaft des gleichen Eigenthümers bereits bestanden haben, wenn dasselbe bei der Trennung ipso facto zu einem rechtlichen werden soll. Daß hierzu erste Bedingung die Existenz zweier Objecte ist ergiebt sich aus dem Begriff der Dienstbarkeit.

Das Berufungsgericht hat nun diese wesentliche Frage, ob vor Abschluß des Vertrages, durch welchen der damalige Alleineigenthümer des

Anwesens Haus Nr. 78 dasselbe an verschiedene Eigenthümer gelangen sie zwei praedia, nämlich das Wohnhaus sammt Hofraum, existirten, den eines dem anderen im gegebenen Fall mittels Befahrens einen Nutzen ve schaffte, geprüft und verneinend entschieden, indem es zur Ueberzeugun gelangte, daß das Haus mit dem Hofe ein Ganzes gebildet habe.

Zwar kann der in den Entscheidungsgründen enthaltene Satz, daß de Hofraum eine Pertinenz des Hauses und hiermit ein Ganzes mit diese bildete, in dieser Allgemeinheit ausgedrückt, als richtig nicht erkannt werden Hiernach würde die Pertinenz mit der Hauptsache stets ein Ganzes bilde und die Pertinenzeigenschaft zweier an sich selbständiger Objecte, welche i einem factischen Dienstbarkeitsverhältniß zu einander stehen, die Möglichkei der Entstehung einer Servitut ipso facto überall ausschließen. Dies i aber nicht der Fall. Denn die Pertinenzen oder Zubehörungen eine Sache in dem Sinn, wie dieselben nach heutigem Rechte aufgefaßt werden sind solche außerwesentliche Nebentheile einer Sache, welche deren Zwe dienen sollen und können.

Vgl. Sintenis Civilrecht Bd. 1 S. 430; Windscheid Pand. § 143.

Sie unterscheiden sich hiernach von den Bestandtheilen einer Sach res connexae, unter welchen man, wie Sintenis a. a. O. S. 42 definirt, jene Sachen versteht, welche ein Ganzes nach seiner individuelle Beschaffenheit und Bestimmung als vollendet herstellen, so daß es durc sie bedingt wird. Die Zubehörungen gehen nach ihrem Begriff nicht so i der Hauptsache auf wie der Bestandtheil der Sache als res connexa eben deshalb kommen sie da, wo jene Eigenschaft nicht hervortritt, immer noch als einzelne Sachen in Betracht, während der Bestandtheil in de Sache, welche sich daraus zusammensetzt, vollkommen aufgeht.

Vgl. Sintenis a. a. O. Bd. 1 S. 438; Windscheid a. a. O. § 143.

Verschiedene Grundstücke können also, auch wenn sie zu einander i einem Pertinenzverhältniß stehen, immer noch selbständige getrennte Obje bleiben, unter denen sich ein gegenseitiges Dienstbarkeitsverhältniß bild kann; nicht so bei den Objecten, welche als Bestandtheile einer Sa diese als ein Ganzes ausmachen; denn in diesem Fall mangelt die e Voraussetzung zur Entstehung eines Dienstbarkeitsverhältnisses, nämlich d Existenz eines herrschenden und dienenden Objects.

Es unterliegt nun keinem Zweifel, daß das angefochtene Urtheil d hier in Frage kommenden Objecte als Bestandtheile einer Sache aufgef hat; es folgt dies aus der thatsächlichen Begründung der Annahme, d beide Objecte ein Ganzes bildeten, indem beide als ein Ganzes katast und unter einer Plannummer begriffen waren, und der Hofraum zu ei dem Zweck des Gebäudes entsprechenden Benutzung an und für sich b stimmt war.

Nach dem Erörterten erscheint durch die Annahme, daß, nachdem Haus und Hof ein Ganzes gebildet hatten, hiermit die Entstehung einer Servitut unverträglich war, das Gesetz nicht verletzt.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 1. Octbr. 1880. HV. Nr. 5618.

v. L.

---

16. Nachforderung gesetzlicher Zinsen nach rechtskräftig erledigter Hauptsache.

Vgl. Bd. 6 Nr. 321; Bd. 7 Nr. 14; Bd. 8 Nr. 117; Bd. 12 Nr. 254; Bd. 18 Nr. 175; Bd. 19 Nr. 191; Bd. 22 Nr. 264; Bd. 26 Nr. 114.

Zur vollständigen Entschädigung, welche dem Eigenthümer in Expropriationsfällen zu gewähren ist, gehört der Ersatz des Werths des enteigneten Grundstücks und die Vergütung der Zinsen aus dieser Werthssumme vom Tage der Enteignung bis zu deren Auszahlung. Beide Ansprüche ... beruhen auf der Vorschrift des (preuß.) Gesetzes vom 11. Juni 1874 und bilden die Bestandtheile der dem Expropriaten zukommenden Gesammtentschädigung. Für beide Ansprüche besteht denn auch die nämliche actio ex lege.

Ist dieses Rechtsmittel angewandt, um einen Theil der Hauptsumme zur gerichtlichen Geltung zu bringen, so bleibt der andere Theil der Entschädigungsforderung zweifellos in Kraft. Das Gleiche muß aber auch zutreffen, wenn die gesammte Hauptsumme ohne die Zinsansprüche eingeklagt worden ist; denn die letzteren bilden mit der ersteren die dem Expropriaten gebührende Entschädigung und sind, wie sie, ein Bestandtheil derselben. Untergegangen durch den Richterspruch über die Hauptsache könnten die nicht eingeklagten Accessorien nur dann erscheinen, wenn ihre Nichteinklagung als Verzicht auf deren Geltendmachung aufzufassen wäre, oder wenn in dem Urtheil über die Hauptforderung jederzeit ein stillschweigendes Aberkennen aller etwaigen Nebenforderungen erblickt werden müßte.

Ob Ersteres ausnahmsweise der Fall, kann eine Frage des concreten Sachverhältnisses sein; die letztgedachte Annahme aber ist nach heutigem Recht ausgeschlossen. Gilt nämlich heutzutage die sog. negative Function der exceptio rei iudicatae nicht mehr, und giebt es nach den neueren processualischen Grundsätzen überhaupt kein stillschweigendes Aberkennen von Ansprüchen, die nicht klagbar gemacht worden sind, so ist schlechterdings kein Grund vorhanden, in den Folgen des Urtheils für die einzelnen Bestandtheile einer Gesammtforderung zu unterscheiden, dem Urtheil über die Hauptsache eine zerstörende Wirkung gegenüber den Accessionen beizulegen, welche dem Urtheil über einen Theil der Hauptsache gegenüber den anderen Theilen der Gesammtforderung nicht zugestanden wird.

Entsch. des ROHG. Bd. 9 Nr. 71 S. 230, Bd. 21 Nr. 104 S. 320; Windscheid Pand. § 259 Not. 10 und § 130 Not. 24.

Im vorliegenden besonderen Fall kann nicht der mindeste Zweifel darüber herrschen, daß der Kläger durch die vorgängige Einklagung der Expropriationssumme auf die jetzt geforderten Zinsen aus derselben nicht verzichtet hat und daß der Richter des Vorprocesses mit seinem Urtheil über den Werth des enteigneten Objects nicht auch diese Zinsen hat aberkennen wollen. Der Kläger hatte mit Erhebung des Vorprocesses den Versuch gemacht, eine Erhöhung der ihm regierungsseitig zugebilligten Expropriationssumme auf dem Rechtswege zu erreichen; als aber der Versuch geglückt und inzwischen die Enteignung vollzogen war, nahm er die erstrittene Summe nur unter dem Vorbehalt einer nachträglichen Zinsenforderung an und setzte diesen Vorbehalt durch die Erhebung der gegenwärtigen Klage ohne Weiteres in Vollzug. In diesem Verhalten liegt nichts, was auf einen durch die Nichteinklagung der fraglichen Zinsen in dem Vorproceß ausgesprochenen Verzicht hindeuten würde, und ebensowenig liegt in dem Verfahren des früheren Richters, dem Tenor und den Gründen seines Urtheils, irgend welcher Anhalt für die Unterstellung, daß er die betreffenden, nicht eingeklagten Zinsen habe aberkennen wollen und aberkannt habe.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 11. Mai 1880 in einer preuß. (hessischen) Sache. Entsch. Bd. 1 S. 349.

---

17. Kein Verzug des Käufers vor Anbietung der Waare am Ablieferungsort durch den Verkäufer.

Vgl. Bd. 26 Nr. 294; Bd. 32 Nr. 216 mit Nachw.

Um darzulegen, daß Beklagter sich im Verzuge befinde, brauchte Kläger nicht zu behaupten, daß er sich zur Bezahlung des Kaufpreises erboten habe und dieselbe zu leisten im Stande gewesen sei; denn wenn auch die Lieferung der Kartoffeln gegen Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug erfolgen sollte, so trat doch, wie man mit dem vormaligen ROHG. (Entsch. Bd. 7 S. 388, Bd. 13 S. 170) annimmt, die Verpflichtung des Käufers, das Geld bereit zu halten, erst dann ein, wenn Verkäufer ihm die Waare am Ablieferungsort angeboten hatte, und es bestand für den Käufer keine Verbindlichkeit, den zu zahlenden Preis im Voraus anzubieten oder gar sich über seine Zahlungsfähigkeit auszuweisen.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 12. Juni 1880 in einer preuß. (landrechtl.) Sache. Annalen des RG. Bd. 2 S. 245.

---

18. Zu der Regel: dies interpellat pro homine.

Vgl. Bd. 35 Nr. 13 u. d. dort. Nachw. unter **.

Die erstinstanzlichen Behauptungen des Beklagten . . . machen nicht ersichtlich, daß die Regel dies interpellat pro homine hier zur Anwendung

kommen müsse. Auch abgesehen von dem behaupteten, schon an sich in gewissem Grade zeitlich unbestimmten Versprechen des Klägers, ausgangs Juni oder anfangs Juli zu erfüllen, wonach ein fester, einzelner Tag, dessen Nichteinhaltung eine mora des Klägers von selbst begründet haben würde, in der That nicht wohl mit Sicherheit bezeichnet werden kann, so hat auch Beklagter nicht einmal behauptet, daß Kläger die Rücklieferung, sondern nur, daß er die Fertigstellung der Maschine zuerst bis Ende April, dann bis zur Bremer Ausstellung versprochen habe; darnach aber und selbst wenn er schließlich, wie allerdings ferner behauptet, erklärt hätte, die Maschine in 14 Tagen fertig übersenden zu wollen, hätte man doch nach der Natur des ganzen Verhältnisses derartigen Zusicherungen nur den Sinn unterlegen können, daß Beklagter nicht vor Ablauf der fraglichen Fristen die Erfüllung zu fordern berechtigt sein, nicht den, daß Kläger nach Ablauf derselben sofort und ohne nunmehrige weitere Aufforderung zur Erfüllung den gewichtigen Nachtheilen der mora verfallen sollte.

Urtheil des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 13. Juli 1877 i. S. Moritz w. Schlie. W.

---

19. Bedeutung der Vereinbarung schriftlicher Abfassung eines mündlich geschlossenen Vertrags.

Vgl. Bd. 1 Nr. 198; Bd. 8 Nr. 350; Bd. 12 Nr. 259; Bd. 16 Nr. 102; Bd. 25 Nr. 225; Bd. 27 Nr. 108; Bd. 33 Nr. 295.

Die Verbindlichkeit eines mündlich zum vollständigen Abschluß gebrachten Vertrags wird nicht durch die daneben getroffene Abrede, daß der Vertrag auch noch schriftlich abgefaßt werden solle, von der schriftlichen Errichtung des Vertrags abhängig gemacht. Die const. 17 de fid. instr. 4. 21 und pr. Inst. de emt. et vend. 3. 23 sprechen, wie die Worte „quos in scriptis fieri placuit“ und „quae scriptura conficiuntur“ ergeben, nur von dem Falle, daß die Absicht der Contrahenten bei den mündlichen Verhandlungen dahin gegangen ist, sich erst durch die vorbehaltene schriftliche Errichtung des Vertrags binden zu wollen; es kommt daher für jeden Fall auf die thatsächliche Feststellung an, ob nach der Absicht der Contrahenten durch die vorbehaltene schriftliche Abfassung des Contracts derselbe erst zur Perfection gebracht oder nur ein Beweismittel für den bereits mündlich abgeschlossenen Vertrag hat hergestellt werden sollen.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 21. Mai 1880 in der preuß. (holst.) Sache Burmester w. Grönau. St.

---

20. Verſtellung der Ermittlung des Nettogewichts in das billige Ermeſſen des Käufers; reductio ad arbitrium boni viri. Beweislaſt.

Vgl. Bd. 18 Nr. 239; Bd. 20 Nr. 111, 218; Bd. 24 Nr. 237; Bd. 25 Nr. 233; Bd. 29 Nr. 127, 216; Bd. 30 Nr. 138, 237; Bd. 34 Nr. 286.

„Die nach Angabe des Beklagten mündlich getroffene, vom Kläger freilich beſtrittene Uebereinkunft:

daß der Abſatz von Schmutz, Blättern, Blattnarben u. ſ. w. (bezüglich der Rübenlieferungen) ſeitens der Fabrik feſtgeſtellt werden und das Reſultat dieſer Feſtſtellung für den Kläger maßgebend ſein ſolle,

iſt nicht als ein Compromiß auf das billige Ermeſſen eines Dritten, ſondern als pactum adiectum dahin aufzufaſſen, daß über Feſtſtellung des Netto und Brutto am Kaufobject das Ermeſſen eines der Contrahenten ſelbſt, nämlich der Käuferin entſcheiden ſolle, die jedoch dieſe Feſtſtellung durch ihre verantwortlichen Organe werde vollziehen laſſen. Nach

fr. 22 § 1 de R. I. 50. 17; fr. 7 pr. de contrah. emt. 18. 1; fr. 6, 77, 79 pro socio 17. 2; fr. 24 pr. locati 19. 2

iſt in ſolchen und ähnlichen Fällen als Wille der Contrahenten anzunehmen, daß nicht Willkür des bezeichneten arbiter, ſondern billiges Ermeſſen, arbitrium boni viri, den Ausſchlag geben ſolle. Daß eine ſolche Uebereinkunft an ſich gültig ſei, iſt ungeachtet mancher von verſchiedenen Rechtslehrern (z. B. Thöl und Unterholzner) dawider erhobenen Bedenken mit

Windſcheid Pand. Bd. 1 § 93 N. 7, Bd. 2 § 386 N. 6

anzunehmen und auch von dem angef. Erk. nicht verkannt. Dasſelbe legt aber der Beklagten auf, zu beweiſen, daß ſie bei jener Feſtſtellung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verfahren habe; Beklagte ſoll darthun, daß der von ihr gemachte Abzug von 19 % der Beſchaffenheit der Rüben entſprochen habe. Damit wäre offenbar Sinn und Tendenz der fraglichen Verabredung ins Gegentheil verkehrt: dann wäre das Reſultat der Feſtſtellung für den Lieferanten der Rüben nicht maßgebend, ſondern müßte erſt durch eine anderweite Procedur zu einer maßgebenden gemacht werden, was durch jene Stipulation gerade ausgeſchloſſen werden ſoll. Unzweifelhaft bleibt dem mit dem Ergebniß der Feſtſtellung unzufriedenen Lieferanten das Recht der Anfechtung, jedoch nur si arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat (fr. 79 cit.). Solche Iniquität aber klar zu legen liegt ihm ob. Auch wird dabei nicht jede geringfügige Abweichung vom richtigen Maßſtabe, ſondern manifesta iniquitas, alſo gröbliche Verletzung der durch bona fides und kaufmänniſche Sorgfalt vorgezeichneten Normen zu berückſichtigen ſein. Ob eine ſolche vorliege, hat der Richter auf Grund der Beweisaufnahme, welche ſich auf die beſtrittene Beſchaffenheit der Rüben und auf die techniſche, unter

Beirath von Sachverständigen zu lösende Frage, welche Theile der Rüben als zur Zuckerfabrikation unbrauchbar von der Bruttolieferung auszuscheiden, wie viel Procente somit für unbrauchbare Substanzen in Abzug zu bringen waren, zu erstrecken haben wird, nach gewissenhafter Ueberzeugung zu bestimmen." . . .

Diese Entscheidung des OLG. Braunschweig wurde in der Revisionsinstanz bestätigt. In den Gründen heißt es:

„Kläger bestreitet die Rechtsgültigkeit der fraglichen Nebenabrede, und zwar einerseits deshalb, weil dadurch die Bestimmung der Gegenleistung in die Willkür der Käuferin gestellt werde, andrerseits, weil solche nach den natürlichen Verhältnissen und bei der Unmöglichkeit einer Beweisführung undurchführbar sei.

In ersterer Hinsicht sollte jedoch inhaltlich der Entscheidungsgründe zum angef. Erk. nach Maßgabe des Vertrags durch das billige Ermessen des Käufers festgestellt werden, welche Quantitäten der gelieferten Rüben ihrer Beschaffenheit nach zu Fabrikationszwecken sich eigneten, mithin anstatt des Bruttogewichts ein Nettogewicht für die wirklich empfangbare Waare ermittelt werden. Daß ein solcher Vertrag über den Umfang der Verpflichtung des Käufers nach neueren, insbesondere handelsrechtlichen Grundsätzen vollkommen wirksam und bindend ist, erscheint nicht zweifelhaft:

vgl. fr. 22 § 1 de R. I. 50. 17; Entsch. des ROHG. Bd. 16 S. 427 ff.

Zu der zweiten Richtung der Beschwerde aber ist zu erwägen, daß, wenn der Kläger es unterließ, bei der Abnahme der Waare bzw. bei der Feststellung des Nettogewichtes mitzuwirken, und damit auf die eigene Controle im Vertrauen auf die Redlichkeit und Gewissenhaftigkeit der verantwortlichen Organe der beklagten Fabrik thatsächlich verzichtete, derselbe auch das Ergebniß der Feststellung der letzteren so lange gegen sich gelten lassen muß, als er nicht zu erweisen vermag, daß diese Feststellung eine offenbar unbillige gewesen sei, die Beklagte sonach eines Vertrauensmißbrauchs sich schuldig gemacht habe:

fr. 75—80 pro socio 17. 2; fr. 30 pr. de operis libert. 38. 1.

Daß eine solche Beweisführung bei der stattgehabten Verarbeitung des Materials schwierig oder gar, wie Revident behauptet, in gewissem Sinne unmöglich ist, rechtfertigt nicht den Antrag, die Beweislast der Beklagten aufzubürden."

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 25. Mai 1880 in der braunschw. Sache Resch w. Actienzuckerfabrik Seesen. D.

21. Rechtsverbindlichkeit der Zusage lebenslänglicher Versorgung ohne Angabe des materiellen Schuldgrundes* und des Maßes der Versorgung**. Richterliches Ermessen.

*Vgl. Bd. 35 Nr. 15 mit Nachw. — **Vgl. Bd. 10 Nr. 241; Bd. 15 Nr. 211; Bd. 17 Nr. 124; Bd. 30 Nr. 138 mit Nachw.; Bd. 34 Nr. 140.

Nach dem Thatbestand des Berufungsurtheils war Kläger im Jahr 1856 als Arbeiter in der Waggonfabrik der Firma „Th., E. u. Co." beschäftigt. Er verunglückte im Mai desselben Jahrs bei dem Transport eines Waggons zur Eisenbahn. Während er noch in ärztlicher Behandlung sich befand, hat ihm einer der Mitinhaber jener Firma erklärt: „Seien Sie unbesorgt; Sie werden von unserer Fabrik lebenslänglich versorgt", und hat Kläger dieses Versprechen angenommen. Nach seiner Herstellung und zwar im Jahre 1857 ist Kläger wieder als Arbeiter in die Fabrik eingetreten und dort, ungeachtet der in dem Personalbestand der Firma inzwischen eingetretenen Veränderungen beschäftigt worden, bis am 3. Octbr. 1879 durch den Beklagten, den jetzigen alleinigen Inhaber der Fabrik, seine Entlassung erfolgte.

Mit Unrecht bestreitet der Beklagte die Rechtsverbindlichkeit und Klagbarkeit jenes Versprechens mit Hinweis darauf, daß dasselbe der Angabe des materiellen Schuldgrundes und der Bestimmtheit des Gegenstandes der Obligation entbehre.

Daß die Thätigkeit des Klägers als Fabrikarbeiter den fraglichen Unfall herbeigeführt und der genannte Theilhaber des Geschäfts dem Kläger gerade mit Rücksicht auf das bestehende Dienstverhältniß jene Zusage ertheilt habe, ist durch das Berufungsurtheil thatsächlich festgestellt. Nach gemeinem Rechte und nach heutiger Rechtsanschauung hat aber der erklärte Wille des Contrahenten schon für sich allein rechtserzeugende Kraft, vorausgesetzt nur, daß derselbe auf die Begründung einer Obligation gerichtet war. Letzteres ist im vorliegenden Fall nicht zu bezweifeln. Die Umstände, unter denen das Versprechen und dessen Annahme erfolgte, lassen unzweideutig erkennen, daß der Vertrag im Anschluß an jenen Unfall und zur Beruhigung des Klägers wegen der Folgen der erlittenen schweren Verletzung für den künftigen Lebensunterhalt geschlossen wurde. Ob der Versprechende schenken wollte oder glaubte, daß eine rechtlich erzwingbare Verpflichtung zur Schadloshaltung des Klägers für die Fabrik bestehe, ist unter diesem Gesichtspunkte für die Rechtsbeständigkeit des Vertrags gleichgültig.

Daß ein Vertrag der vorliegenden Art den Umfang der Leistung des Promittenten unbestimmt läßt, ist von selbst einleuchtend; daraus würde jedoch die Ungültigkeit der Uebereinkunft nur dann folgen, wenn kein objectiver Maßstab für die Festsetzung der Größe der Leistung vorhanden

wäre. Andernfalls muß jener Mangel durch richterliches Ermessen, wenn nöthig unter Zuziehung von Sachverständigen, ergänzt werden. Dies gilt insbesondere bei der vertragsmäßigen Uebernahme der Alimentationsverbindlichkeit. Die rechtlichen Folgen einer solchen Uebernahme sind im Allgemeinen analog derjenigen Unterhaltungspflicht zu bestimmen, welche durch letzten Willen (Vermächtniß) begründet wird. Darnach hat, wenn der Erblasser keine Verfügung über das Maß der zu gewährenden Alimente getroffen, der Richter solches nach den Umständen festzusetzen und hierbei namentlich den muthmaßlichen Willen des Erblassers, sowie den Stand und die Lebensbedürfnisse des Berechtigten zu berücksichtigen (fr. 14 § 2, fr. 22 pr. de alim. 34. 1). Nun hatte aber der Vertreter der beklagten Firma die Bestimmung der dem Kläger zu gewährenden „Versorgung" nicht seiner Willkür vorbehalten; er ging vielmehr bei Ertheilung seiner Zusage offenbar davon aus, Kläger solle fortan lebenslänglich in der Fabrik beschäftigt werden und den üblichen Arbeitslohn, seinen seitherigen, bis zum Unfalle geleisteten Diensten entsprechend, erhalten. Diese Auslegung des Vertrags allein entspricht den vorausgegangenen und begleitenden Umständen des Falls und zugleich der thatsächlichen Uebung während einer Zeit von fast 22 Jahren nach dem Unfalle. Es würde demgemäß über den üblichen — erfahrungsgemäß dem Wechsel unterworfenen — Arbeitslohn zu befinden sein, wenn sich nicht die Parteien eventuell darüber geeinigt hätten. . . .

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 9. Juli 1880 in der preuß. (hessischen) Sache Ruhrasch w. Wüstenfeld. St.

---

22. Pflicht zur Ausstellung einer Quittung*. Erfordernisse der letzteren.

*Vgl. Bd. 35 Nr. 18 mit Nachw.

Es ist als durch ein allgemeines Gewohnheitsrecht begründet anzusehen, daß bei einer Zahlung der hier fraglichen Art (Rückzahlung eines Darlehns) der Schuldner nur gegen eine ordnungsmäßige Quittung zu zahlen braucht. Zu einer solchen Quittung gehört aber, daß der Zahlungsempfänger sie mit eigener Namensunterschrift vollzieht.

Die Annahme des AG., daß der Zahlungsempfänger die Quittung auch von einem Andern für sich unterschreiben lassen könne, weil der Diffessionseid dahin gestellt zu werden pflege, daß der Schwörende die Unterschrift weder selbst vollzogen, noch durch einen Andern habe vollziehen lassen, ist unhaltbar. Denn wenn auch derjenige, welcher eine Urkunde durch einen Andern für sich hat unterschreiben lassen, diese Urkunde ebenso gegen sich gelten lassen muß, wie wenn er sie selbst unterschrieben, so liegt es doch auf der Hand, daß dem Zahlenden durch die ausgestellte Quittung die gebührende Sicherstellung nur dann gewährt wird, wenn bei

einem Gebrauch derſelben der Ausſteller genöthigt iſt, ſeine eigenhändige Namensunterſchrift anzuerkennen oder eidlich abzuleugnen, nicht aber auch dann, wenn er mit der eidlichen Verneinung, einen Andern mit der Unterſchrift beauftragt zu haben — wofür die Urkunde kein äußeres Kennzeichen darbietet — ihr die Beweiskraft entziehen kann. Gegen eine ſolche unſichere Quittung iſt Niemand Zahlung zu leiſten verpflichtet.

Dagegen liegt kein genügender rechtlicher Grund vor, von der Klägerin die Ausſtellung einer amtlich beglaubigten Quittung zu begehren, vorausgeſetzt, daß Klägerin durch Unterzeichnung der Quittung in Gegenwart des Verklagten dieſem die Sicherheit gewährt, daß ſie eigenhändig unterzeichnet habe; wobei es dem Verklagten überlaſſen bleibt, wenn er es nöthig findet, weitere Beweismittel für die Echtheit der Unterſchrift in geeigneter Weiſe ſich zu ſichern.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 27. Jan. 1880 in der preuß. (naſſauiſchen) Sache Henkel w. Becker. St.

---

23. Fingirte Ceſſion an den Ceſſionsberechtigten?* Beſondere Anwendung auf den Fall, wenn der Mandatar in eigenem Namen eine Sache des Mandanten veräußerte.**

*Vgl. Bd. 31 Nr. 222 mit Nachw.; Bd. 32 Nr. 314; Bd. 35 Nr. 56. — **Vgl. Bd. 10 Nr. 159; Bd. 11 Nr. 149; Bd. 14 Nr. 23 S. 590; Bd. 18 Nr. 241; Bd. 20 Nr. 220 a. E.; Bd. 22 Nr. 234; Bd. 32 Nr. 10.

Der Appell.-Richter nimmt an, daß, wenn Jemand im Auftrage eines Andern, ohne dieſen Auftrag mitzutheilen, mit einem Dritten contrahirt, dem Auftraggeber kraft fingirter Ceſſion ein ſofortiger mittels actio utilis verfolgbarer Anſpruch wider den Dritten gegeben ſei. Zu dieſer Annahme iſt der vorige Richter gelangt, indem er von dem Satze ausgeht, daß überall, wo ein Gläubiger zur Uebertragung ſeiner Forderung rechtlich verpflichtet iſt, die Forderung nach geſetzlicher Beſtimmung ſofort, auch ohne Uebertragung von Seiten des Gläubigers, übergegangen ſei. Mit Recht hat die Nichtigkeitsbeſchwerde dieſen Satz, ſowie die von dem Appell.-Richter daraus gezogene Folgerung als rechtsirrthümlich angefochten.

Das röm. Recht kennt nur gewiſſe in den Geſetzen ſpeciell aufgeführte Fälle der fingirten Ceſſion, der allgemeine Satz aber, daß in allen Fällen der erzwingbaren Ceſſion eine fingirte Ceſſion eintrete, findet in den Quellen des röm. Rechts keine genügende Begründung und iſt mit anderweitigen Rechtsprincipien nicht wohl vereinbar; auch liegt kein ausreichender Grund vor, ihn auf den Fall anzuwenden, wo Jemand ein Forderungsrecht lediglich auf den Grund hin ſich aneignen will, daß dieſes Recht in ſeinem Auftrage erworben ſei.

Der Fall, daß ein Mandatar ohne Nennung des Mandanten für eigenen Namen contrahirt, kann die fingirte Cession des Forderungsrechts auf den ungenannten Auftraggeber selbst dann nicht zur Folge haben, wenn, wie vorliegend, das Geschäft die Veräußerung einer dem Mandanten gehörigen Sache betraf. Für Fälle ähnlicher Art, nämlich für die von einem kaufmännischen Commissionär abgeschlossenen Geschäfte, schreibt Art. 368 Abs. 1 des HGB., welcher hierin auf dem Boden des röm. Rechts steht, vor, daß der Committent die Forderungen seines Commissionärs, welcher in eigenem Namen zu contrahiren hat, dem dritten Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen könne; und wenn auch der Abs. 2 desselben Artikels dem Committenten ein Separationsrecht an den nicht abgetretenen Forderungen des Commissionärs gegenüber von diesem und dessen Gläubigern einräumt, so ist damit das im 1. Absatz des fraglichen Gesetzartikels zum Ausdruck gekommene gemeinrechtliche Princip nicht aufgehoben, sondern nur im Hinblick auf die besondere Natur der kaufmännischen Commission in gewissem Maße modificirt. Eine Ausdehnung dieser letzteren Vorschrift auf den gegenwärtigen Fall wäre nach den thatsächlichen Verhältnissen desselben nicht gerechtfertigt.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 5. März 1880 in einer preuß. (hessischen) Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 314.

---

24. Die Cession einer passiven Correalobligation nur in der Richtung gegen den einen correus debendi ist rechtswirksam.

Durch Eintritt eines neuen Schuldners war eine bestehende auf einem Darlehn beruhende Obligation zu einer wirklichen passiven Correalobligation umgeschaffen worden. Bei der Cession dieser Forderung an einen Dritten wurde dieselbe jedoch nur in der Richtung gegen den einen der beiden Correalschuldner von dem Gläubiger abgetreten. Diese Einschränkung mit der Wirkung, daß der andere Correalschuldner von dem Cessionar nicht belangt werden könne, wurde von dem Berufungsgericht als rechtlich zulässig erachtet. Der oberste Gerichtshof billigte diese Entscheidung, indem er ausführte:

Die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Einschränkung in dem Gegenstande der Cession, wie sie hier angenommen ist, kann mit Grund nicht bezweifelt werden. Es folgt zwar im Allgemeinen aus dem Begriff der Cession, daß der Cessionar, weil er durch die Cession wirklicher Gläubiger an Stelle des Cedenten wird, das abgetretene Recht mit allen Befugnissen, welche in Ansehung desselben dem Cedenten zustehen, erwirbt.

Mühlenbruch Cession 3. Aufl. S. 554 ff.

Es liegt aber auch nicht minder in der Natur der Cession, daß sie unter gewissen Einschränkungen geschehen kann, in welchem Fall der Cessionar

nur diejenigen Befugnisse erlangt, welche ihm durch die Cession eingeräumt sind, ohne daß dabei an sich etwas darauf ankommt, ob die nicht cedirten Befugnisse bei dem Cedenten zurückbleiben oder sofort erlöschen.

Fr. 23 pr. de hered. 18. 4; Mühlenbruch a. a. O. S. 572 (§ 56).

So wie daher ein quantitativer Theil eines Anspruchs, kann auch von mehreren Klagerechten, welche dem Cedenten in Beziehung auf einen und denselben Anspruch zustehen, nur eines oder das andere cedirt werden, z. B. die Klage gegen den Hauptschuldner ohne das Klagerecht gegen den Bürgen, ebenso gegen den einen oder andern von mehreren solidarisch oder als eigentliche Correalschuldner Verpflichteten.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 13. Juli 1880. HV. Nr. 5592.
v. L.

---

25. Gültigkeit und Wirkung einer Cession dinglicher Ansprüche.

Vgl. Bd. 22 Nr. 229; Bd. 26 Nr. 25; Bd. 27 Nr. 19; Bd. 30 Nr. 17.

Daß die als echt anerkannten Urkunden vom 15. und 16. Januar 1877 ihrem Inhalt nach an sich geeignet sind, einer Klage der Christine F. auf Herausgabe der ihr vom Cridar verkauften Mobilien als Grundlage zu dienen, kann nicht in Zweifel gezogen werden. . . . Ebenso unzweifelhaft erscheint es nun zwar andrerseits, daß durch die urkundlich erwiesene Cession der Rechte der F. an die jetzige Klägerin, sowie durch die Bekanntmachung dieser Cession sich für die Klägerin kein Eigenthumserwerbsact hat vollziehen können. Aber daraus folgt doch eben nur, daß sie nicht als gutgläubige dritte Erwerberin und nicht kraft eigenen Eigenthumsrechts als Vindicantin klagend auftreten, sondern nur als Cessionarin die ihr übertragenen Rechte ihrer Cedentin geltend machen kann, sich also alle diejenigen Einreden muß gefallen lassen, welche einer Klage ihrer Cedentin entgegenstehen. Denn auch dingliche Ansprüche und namentlich auch Eigenthumsansprüche können den Gegenstand einer Cession bilden:

vgl. const. 9 de her. vel act. vendita 4. 39; fr. 25 § 8 locati 19. 2; fr. 21 und fr. 63 de R. V. 6. 1,

und daß es bei Errichtung der Cessionsurkunde vom 8. Januar 1878 die Absicht gewesen, alle der F. auf Grund der Urkunden vom 15. und 16. Januar 1877 zustehenden Klagrechte auf die Klägerin zu übertragen, läßt sich nicht wohl in Zweifel ziehen. Es kann vielmehr nur fraglich erscheinen, ob nicht dieselbe irrige Rechtsansicht, welche in dem gegenwärtigen Proceß geltend gemacht worden, nämlich daß durch die Cession und deren Bekanntmachung an den Cridar sich ein Eigenthumserwerbsact vollzogen habe, auch schon bei der Cession bestanden hat und man also der Meinung gewesen ist,

durch dies Rechtsgeschäft das Eigenthum auf die Klägerin übertragen zu können. Hieraus aber würde sich nur ein bestätigendes Moment für die Annahme entnehmen lassen, daß es nicht in der Absicht gelegen, die aus dem Eigenthum entspringenden Klagrechte der Cedentin von der Cession auszuschließen oder in dieser Beziehung irgend welche Beschränkung eintreten zu lassen. Denn bekanntlich verliert kein Rechtsgeschäft ohne Weiteres schon dadurch seine rechtliche Wirksamkeit, daß die Betheiligten bei Abschluß desselben geglaubt haben, demselben eine noch weiter reichende Wirksamkeit beilegen zu dürfen. . . .

Nicht zu billigen aber ist es, wenn das OLG. der Cession aus dem Grunde jede rechtliche Relevanz abspricht, weil der Kaufvertrag vom 15. Januar 1877 nach der darüber aufgenommenen Urkunde und dem eignen Anführen der Klägerin durch die Tradition der Kaufobjecte seitens des Verkäufers und Zahlung des Kaufpreises seitens der Käuferin zur vollständigen Erfüllung bereits gelangt gewesen und nicht abzusehen sei, welches Klagrecht hieraus noch hätte übertragen oder Gegenstand der Cession vom 8. Januar 1878 hätte sein können. Denn die Rechtsgültigkeit einer Cession ist nicht davon bedingt, daß zur Zeit der Uebertragung der Klagrechte schon Veranlassung zu einer Geltendmachung derselben gegeben war. Und dies gilt namentlich auch für die Cession dinglicher Ansprüche, welche, wo sie wie hier ohne Beschränkung erfolgt, nicht nur das Klagrecht gegen den derzeitigen Besitzer der Rechte, sondern auch gegen jeden späteren Besitzer überträgt.

Vgl. fr. 63 cit.; auch Bähr, Gerber u. Ihering's Jahrb. Bd. 1 S. 444; Bekker Jahrb. d. gem. d. Rechts Bd. 4 S. 207; Zimmermann Ztschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 15 S. 109; Schmid die Grundlehren der Cession Bd. 2 S. 329; Windscheid Pand. Bd. 2 § 337.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 15. Juni 1880 i. S. Wolff w. Schäfer. St.

---

26. Uebertragung der Forderung aus einem Ladeschein durch Cession.

Vgl. Bd. 26 Nr. 235; Bd. 30 Nr. 135 mit Nachw.; Bd. 32 Nr. 24.

In der besonderen Natur des Ladescheins und speciell in seiner Indossabilität liegt kein Grund, der die rechtliche Zulässigkeit und Wirksamkeit der Cession der aus demselben erworbenen Rechte ausschlösse. — Die concreten Ladescheine waren lediglich an Ordre gestellt; berechtigt aus ihnen war also nach Art. 414 Nr. 4 des HGB. der Absender. Es liegt nun nicht etwa nur so viel vor, daß der Absender die nicht indossirten Ladescheine an M. übergeben, sondern es steht fest, daß er die Güter, über welche die Ladescheine gezeichnet waren, an M. verkauft und daß er in Folge dessen (als indirecte Erfüllungshandlung) die Ladescheine dem Käufer

übersandt hat. Dazu kommt, daß der Absender den F. in Riesa welchem der beklagte Frachtführer sich zu melden durch den Lade angewiesen war, beauftragt hatte, „die verkauften Waaren dem Käufe zur Verfügung zu stellen", welchen Auftrag F. auch ausgeführt hatte. ist hiernach evident, daß der Absender die Absicht, die ihm gegen Frachtführer zustehenden Rechte seinem Käufer zu übertragen, nicht gehabt, sondern auch zur Ausführung gebracht hat; und da diese U tragung nicht durch Indossament der Ladescheine erfolgt ist, so ist beabsichtigte Rechtsgeschäft als Cession aufzufassen.

Urtheil des ROHG. (2. Sen.) v. 13. Septbr. 1879 in einer sächs. S Entsch. des ROHG. Bd. 25 S. 341.

---

27. Haftung des Miethers eines Hauses für den Schaden, welcher Vermiether durch Unterlassung der Anzeige eines am Hause während Miethzeit hervorgetretenen Gebrechens entstanden ist.

Vgl. Bd. 19 Nr. 227; Bd. 32 Nr. 225.

Der Vermiether eines Hauses forderte vom Miether Ersatz Schadens, welchen das Haus durch den während der Miethzeit entstand und vom Miether nicht zur Anzeige gebrachten Mauerschwamm er hatte. Die Frage, ob der Miether verpflichtet sei, den Vermiether Schaden bringende Mängel der Wohnung aufmerksam zu machen und durch Unterlassung einer Mittheilung verursachten Mehrbetrag des e tretenen Schadens zu ersetzen, wurde in 1. Instanz bejaht, vom Berufu gericht verneint. Der oberste Gerichtshof trat der Ansicht des e Richters bei, indem er ausführte:

Nach gemeinem Rechte

const. 28 de loc. et cond. 4. 65

geht die custodia der gemietheten Sache auf den Miether über. Miether ist daher verpflichtet, die Sorgfalt und Wachsamkeit eines or lichen Mannes anzuwenden, damit die gemiethete Sache vor Schade wahrt werde.

Vgl. fr. 25 § 3 loc. cond. 19. 2.

In den Quellen finden sich zahlreiche Beispiele über den Umfang l Verbindlichkeit.

Vgl. fr. 11 § 2, fr. 41, 25 § 4, insbes. fr. 13 § 7 l. c.

Die gleiche Sachlage, wie in diesen Stellen erwähnt, waltet ob, wen der gemietheten Wohnung der Hausschwamm auftritt und derselben durch Schaden droht. Auch hier muß der Miether, sofern er nicht vo

für Beseitigung des Uebels selbst zu sorgen, dem Vermiether durch entsprechende Benachrichtigung die Möglichkeit verschaffen, die zur Abwendung des Schadens erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Die Pflicht zur Anzeige gewinnt in dem Fall besondere Bedeutung, wenn das Gebrechen im Innern der Wohnräume hervortritt, daher seiner Natur nach zunächst nur von den Bewohnern der betreffenden Zimmer wahrgenommen werden kann. Es würde geradezu gegen die bona fides, welche den Miethvertrag beherrscht, verstoßen, wollte man hier dem Miether gestatten, das wahrgenommene Gebrechen dem Vermiether zu verschweigen und diesen hierdurch in Schaden zu versetzen.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 9. Octbr. 1880. HV. Nr. 5635.
v. L.

---

28. Klage des Unternehmers gegen den von der Werkverdingung zurückgetretenen Besteller auf Ersatz des Interesse; Beweislast bezüglich der Frage, ob Kläger seine Arbeitskraft anderweitig verwerthet habe.

Vgl. Bd. 35 Nr. 256 mit Nachw.

. . . Es ist nicht Sache der Kläger, ihrerseits die Negative darzuthun, daß ihnen während ihres Wartens auf die vom Beklagten zugesagte Beschäftigung ein anderer Verdienst nicht zugefallen sei; im Gegentheil würde es Sache des Beklagten gewesen sein, die Thatsache, daß die Kläger einen solchen Verdienst erzielt, zur Minderung der ihm obliegenden Entschädigungsverbindlichkeit einredeweise geltend zu machen. . . .

Urtheil des OAG. zu Dresden v. 29. März 1878 i. S. Kretzschmar u. Gen. w. Neustadt. Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 46 S. 439.

---

29. Das Recht des Staatsbeamten auf zukünftige Versorgung seiner Hinterbliebenen.* Klagbarkeit dieses Rechts zu Lebzeiten des Beamten.**

*Vgl. Bd. 25 Nr. 235; auch Bd. 28 Nr. 138. — **Vgl. Bd. 33 Nr. 78 mit Nachw.

Der Regierungsrath und Baurath a. D. L. war kurhessischer Beamter gewesen und trat im Jahr 1866 in preußischen Staatsdienst über. Während der Dauer des letzteren heirathete L. und machte in der Folge geltend, daß seine Frau künftighin eine Pension nach den günstigeren Bestimmungen des kurhessischen Staatsdienstgesetzes werde zu beanspruchen haben. Der gl. preußische Fiscus erkannte jedoch diesen eventuellen Anspruch nicht an, weil L. nicht als kurhessischer, sondern als preußischer Beamter geheirathet habe, worauf L. in Verbindung mit seiner Frau eine Anerkennungsklage erhob, die von dem LG. Kassel als begründet anerkannt, von dem OLG. daselbst aber als unbegründet zurückgewiesen wurde. Auf die vom Kläger eingelegte Revision hob das Reichsgericht das zweitinstanzliche Urtheil

auf und bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung dahin, daß es in seinem Urtheile feststellte, daß die klagende Ehefrau beim Vorabsterben ihres Ehemannes, des Klägers, eine nach § 89 des kurfürstlich hessischen Staatsdienstgesetzes vom 8. März 1831 zu bemessende Pension zu beziehen habe.

Gründe: Nach den Grundsätzen des deutschen Beamtenrechts hat der Staatsdiener als mittelbare Folge des übernommenen Amts Anspruch auf Gehalt und auf Pension. Beiderlei Bezüge sind jährliche Renten, auf welche der active oder pensionirte Beamte auch schon vor ihrer Verfallzeit ein eventuelles Recht besitzt. Während hierin sämmtliche deutschen Gesetzgebungen übereinstimmen, herrscht nicht überall die gleiche Uebereinstimmung bezüglich der den Hinterbliebenen eines Staatsdieners zu gewährenden Unterstützungen. Von der einen Seite werden diesen Hinterbliebenen nur gewisse Gnadenbeneficien zugestanden, von anderer Seite wird ihnen ein Recht auf Pensionen gewährt. Auf diese letztere Seite hatte sich auch das kurfürstlich hessische Staatsdienstgesetz vom 8. März 1831 gestellt, wie die §§ 87, 88 ff. unzweifelhaft ergeben.

Es liegt in der Natur der Sache, daß, wo immer ein eventuelles Recht auf Wittwen- und Waisenpensionen anerkannt wird, dieses Recht ein zweitheiliges ist, nicht bloß ein Recht der zukünftigen Bezugsberechtigten, sondern auch ein Recht des noch lebenden Beamten, das Letzterer neben dem Recht auf die eigene Pension durch seine Amtsstellung sich erwirbt und das für ihn nicht weniger von Werth ist, da es ihn eines Theils der Fürsorge für seine Hinterbliebenen überhebt. Wie daher der Beamte, auch wenn er noch im activen Dienste sich befindet, einen zwar bedingten und betagten, aber in dieser Beschränkung rechtsgültigen Anspruch auf die eigene künftige Pension besitzt, so muß ihm zur gleichen Zeit ein analoger Anspruch auch auf die seinen etwaigen Hinterbliebenen zukommenden Pensionen eingeräumt werden. Beiderlei Ansprüche fallen nach dieser Richtung völlig unter die gleichen Gesichtspuncte.

Darnach hatte der Kläger schon zu der Zeit, da er noch kurfürstlich hessischer Beamter war, kraft des erwähnten Staatsdienstgesetzes von 1831 einen rechtlichen Anspruch darauf, daß seine zukünftigen Hinterbliebenen die im Gesetz in Aussicht gestellte Pension erhalten. Diesen Anspruch hat aber der Kläger bei seinem Uebertritt in preußische Dienste nicht verloren. Im Allgemeinen ist er ihm durch das kgl. Patent vom 3. Octbr. 1866 gewährleistet, im Besonderen aber durch die kgl. Verordnung vom 6. Mai 1867 nicht entzogen, sondern vielmehr ausdrücklich anerkannt worden. Denn der § 5 dieser Verordnung sichert nicht etwa nur den Wittwen und Waisen kurhessischer Beamten, welche schon im Genuß einer Pension sich befinden, deren Fortbezug zu, er spricht vielmehr aus, daß auch die zu künftigen Wittwen diejenigen Pensionsbeträge erhalten sollen, welche sie erhalten haben würden, wenn ihre Ehegatten zur Zeit des Inkrafttretens

der Verordnung gestorben wären. Damit ist aber das oben bezeichnete eventuelle Recht der vormaligen kurhessischen Beamten auf die dereinstige Versorgung ihrer Wittwen unzweideutig anerkannt. Anderenfalls hätte sich die Verordnung darauf beschränken müssen, den Wittwen, welche damals schon in den Besitz einer Pension gelangt waren, deren Fortgenuß zuzusichern. Dadurch nun aber, daß diese Zusicherung auch auf die zukünftigen Wittwen und Waisen ausgedehnt wurde, sind die durch das kurhessische Staatsdienstgesetz begründeten Pensionsrechte kurhessischer Beamten in Absicht auf ihre Hinterbliebenen in demjenigen Betrage anerkannt bzw. vorbehalten worden, welcher zur Zeit ihres Uebertritts in den preußischen Staatsdienst begründet gewesen wäre.

Von beklagter Seite würde der eingeklagte Pensionsanspruch nicht bestritten worden sein, wenn die Kläger schon beim Inkrafttreten der Verordnung von 1867 verehelicht gewesen wären. Allein ein wesentlicher Unterschied zwischen diesem und dem jetzt vorliegenden Fall einer nachträglichen Verehelichung ist nicht zu statuiren. Ob die Frau eines vormaligen kurhessischen Beamten nach 1867 in den Wittwenstand eintritt oder ob sie erst nach 1867 sich mit einem solchen Beamten verehelicht hat und dann zur Wittwe wird, zwischen diesen beiden Fällen liegt keine principielle Verschiedenheit. Es läßt sich nicht sagen, in letzterem Falle habe die Frau einen preußischen Beamten geheirathet, deshalb seien ihre Pensionsansprüche nach den preußischen Sätzen zu bemessen. Allerdings hat sie einen preußischen Beamten, aber einen solchen geheirathet, der vormals kurhessischer Beamter war und dessen eventuelle Pensionsansprüche bezüglich seiner zukünftigen Wittwe und Waisen demselben beim Uebertritt in preußischen Staatsdienst vorbehalten wurden. An diesen vorbehaltenen Ansprüchen participirt die Ehefrau in gleicher Weise, ob ihre Verehelichung vor oder nach 1867 erfolgt ist. Sie hat im einen wie im anderen Fall, obwohl Wittwe eines preußischen Beamten, den nach dem kurhessischen Staatsdienstgesetz zu bemessenden Pensionsbetrag zu beziehen. Wollte man diese Consequenz nicht anerkennen, so müßte man auch den Kindern vormals kurhessischer Beamten, welche zwar aus einer vor 1867 geschlossenen Ehe stammen, aber nach diesem Zeitpunct geboren sind, den Anspruch auf die kurhessischen Pensionssätze versagen. Sicher hat aber die Verordnung von 1867 dies nicht gewollt; sie hat sowohl in Betreff der Wittwen als der Waisen von dem bei Pensionsgesetzen herrschenden Sprachgebrauch sich nicht entfernt, wonach unter den pensionsberechtigten Hinterbliebenen eben diejenigen Personen zu verstehen sind, welche im Augenblicke des Todes zu dem Verstorbenen in demjenigen Verhältnisse stehen, an welches das Gesetz die Berechtigung knüpfen will.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß der Richter 2. Instanz, indem er annahm, daß den eingeklagten Ansprüchen die Verordnung vom 6. Mai

1867 im Wege stehe, diese einem Gesetz gleichzuachtende Verordnung nicht richtig angewendet und damit eine Rechtsnorm verletzt hat, auf welche das Rechtsmittel der Revision gestützt werden kann. Das fragliche Urtheil des Berufungsgerichts ist daher zu vernichten.

In der Sache selbst erscheint, da nach dem Bisherigen feststeht, daß die klagende Ehefrau den § 89 des kurhessischen Staatsdienstgesetzes für sich anrufen kann, nur noch die Frage streitig, ob die klagenden Eheleute derzeit diesen Anspruch im Proceßwege zu verfolgen berechtigt seien. Mit Unrecht wird diese Berechtigung von beklagter Seite bestritten.

Allerdings ist der eingeklagte Anspruch ein betagter und bedingter — betagt durch den künftigen Todesfall des Klägers und bedingt dadurch, daß dieser Tod vor dem Tode der Mitklägerin eintritt. Allein durch den § 231 der CPO. ist die frühere Controverse zweifellos dahin entschieden, daß auch auf Feststellung von Rechtsverhältnissen geklagt und diese Klage auch bei bedingten und betagten Forderungen erhoben werden kann. Sodann ist zwar zuzugeben, daß nach der richterlichen Feststellung eines Streitverhältnisses leicht Umstände eintreten können, welche auf die nachfolgende sachliche Leistung von Einfluß sind. Dies liegt jedoch in der Natur aller Präjudicialklagen und kann nicht, wie von beklagter Seite versucht wird, zum Nachweis der Unstatthaftigkeit der gegenwärtigen Klage verwendet werden. Das Schutzmittel gegenüber solchen späteren Modificationen besteht darin, daß Einreden, welche erst nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils entstehen, jeder Partei vorbehalten sind. Was endlich das durch den § 231 der CPO. erforderte rechtliche Interesse der Kläger betrifft, so ist solches schon deshalb anzunehmen, weil ohne die Anstellung der vorliegenden Klage das Präjudiz [1]) des § 2 des preuß. Gesetzes vom 24. Mai 1861, die Erweiterung des Rechtsweges betreffend, gegen die Kläger zur Anwendung kommen würde.

Hiernach ist das Urtheil der 1. Instanz der Sache nach zu bestätigen. Den Tenor seines Urtheils hat der erste Richter dahin formulirt, daß er die Beklagte schlechtweg zur Zahlung des klägerischerseits beanspruchten Pensionsbetrags — in bedingter Weise — verurtheilte. Es entspricht aber dem Ergebniß einer Anerkennungsklage nicht, daß das Urtheil auf eine sachliche Leistung lautet. In Erwägung dessen war der Tenor des hiesseitigen Urtheils auf die Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses zu beschränken.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 6. Juli 1880 i. S. L. w. Fiscus St.

[1]) Darnach sind derartige Klagen der Beamten binnen 6 Monaten nach der Entscheidung des Verwaltungschefs anzustellen.

30. Uebernahme der Insertion einer Ankündigung in bestimmte auswärtige Zeitungen gegen eine Einheitsgebühr für jede Insertion; Natur des Geschäfts*; Einfluß nur theilweiser Ausführung bzw. theilweiser Unmöglichkeit der Ausführung.

*Vgl. Bd. 30 Nr. 59.

Die Klägerin hatte übernommen, eine Annonce des Beklagten, dessen Lotteriecollectur betr., in 58 namhaft gemachte italienische Blätter, und zwar je nach der Erscheinungsweise derselben bald 6mal, bald nur 2—4mal einrücken zu lassen; der Beklagte dagegen für jedes Inserat ohne Unterschied den festen Betrag von 6,25 Frcs. zu zahlen versprochen. Nach der Klage war die Inseritung nur in 40 Blättern, von denen zugleich 5 die Wiederholung abgelehnt hatten, zu ermöglichen gewesen, da eine Vertreibung fremder Lotterielooſe im Königreich Italien verboten sei. Es handelte sich darum, ob der klägerische Anspruch auf Vergütung der wirklich stattgehabten Insertionen überhaupt und insbesondere nach dem Einheitssatze von 6,25 Frcs. aus der Natur des Geschäfts zu rechtfertigen sei. Hierüber heißt es in dem Erkenntniß letzter Instanz:

„Das Kreisgericht hat die Klage, weil Klägerin ihrerseits den Vertrag noch nicht erfüllt, zur Zeit abgewiesen, indem es annimmt: daß Klägerin die Insertion der fraglichen Annonce in 58 bestimmte italienische Blätter wie ein opus übernommen, dieses aber, solange nicht die Insertion in alle 58 Blätter erfolgt sei, noch nicht ausgeführt worden, der Durchschnittspreis von 6,25 Frcs. für jedes Inserat auch nur in der Voraussetzung der Insertion in alle, theils großen theils kleinen, Blätter mit höheren und niedrigeren Insertionspreisen verabredet, die angebliche Unmöglichkeit der Erfüllung auch irrelevant sei, da Klägerin sich vorher hätte erkundigen können und sollen; daß Klägerin also günstigsten Falls nur Erstattung ihrer Auslagen fordern könne.

Das Obergericht faßt dagegen das vorliegende Rechtsgeschäft nicht als eine locatio operis, sondern als ein unter den Grundsätzen des Mandats stehendes, namentlich dem Commissionsgeschäft verwandtes Geschäft auf, wobei der Betrag von 6,25 Frcs. die Klägerin nicht bloß für ihre Mühe und Auslagen habe entschädigen, sondern ihr auch einen Gewinn, eine Provision, habe abwerfen sollen. Da die Insertion in alle 58 Blätter nicht von dem Willen der Klägerin allein, sondern auch von demjenigen der betreffenden Redactionen abgehangen habe, Klägerin also nur die Erwirkung von Handlungen Dritter übernommen, eine Garantie für die Durchführung der Insertion in alle Blätter nicht habe übernehmen können, sollen und wollen, die Erreichung des Zwecks auch nicht durch die Insertion in alle 58 Blätter nothwendig bedingt gewesen, so sei es als die aus den Umständen zu schließende Absicht der Paciscenten anzusehen, daß Klä-

gerin nicht beim Ausfall eines oder einiger Blätter den Anspruch auf die ganze Gegenleistung habe verlieren sollen; insofern sei die von der Klägerin übernommene Leistung als eine theilbare aufzufassen. Klägerin müsse aber, wenn auch nicht für die Vollständigkeit des Resultats, doch für die Vollständigkeit ihrer Bemühungen einstehen, ihre Diligenz nachweisen, so daß die Erreichung des Resultats nicht an dem Mangel ihrer Diligenz, sondern nur an der Weigerung der betreffenden Redactionen gescheitert sei. Der Klägerin ist daher der Beweis ihrer Diligenz und bona fides mit der Wirkung auferlegt, daß, wenn der Beweis nicht geführt wird, die ganze Klage angebrachtermaßen abgewiesen, wenn aber der Beweis geführt wird, der Klägerin die vertragsmäßige Vergütung für die erfolgte Insertion in 40 Blätter zugesprochen wird.

Gegen diese Entscheidung sind die Rechtsmittel beider Parteien gerichtet. Der Verklagte hat Revision eingelegt mit dem Antrage auf Wiederherstellung des Urtheils 1. Instanz, die Klägerin hat die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt mit dem Antrage, daß ihr die vertragsmäßige Vergütung für die Insertionen in 40 Blätter unabhängig von dem Nachweise ihrer Diligenz beziehentlich der nicht erwirkten Insertionen zuerkannt werde. . . .

Beide Rechtsmittel sind jedoch unbegründet. An sich ist außer Zweifel, daß bei einem Vertrage der vorliegenden Art jeder Contrahent von dem andern vertragsmäßige Erfüllung nur wenn er selbst seinerseits den Vertrag erfüllt hat fordern kann, entgegengesetzten Falls seinem Anspruche auf Erfüllung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegensteht. Ob aber bei einem Vertrage, dessen Gegenstand eine Mehrzahl von Leistungen ist, das vertragsmäßig stipulirte Aequivalent nur nachdem alle Leistungen bewirkt worden gefordert, beim Ausfall auch nur einer oder verhältnißmäßig weniger Leistungen jeder Anspruch auf ein vertragsmäßiges Aequivalent, unbeschadet einer angemessenen, dem Umfang der gehabten wirklichen Auslagen und Bemühungen entsprechenden Vergütung, wegfallen soll, oder ob bei Bewirkung nur eines Theils der vertragsmäßig übernommenen Leistungen das vertragsmäßig stipulirte Aequivalent nach Verhältniß des wirklich Geleisteten verlangt werden kann, das läßt sich nicht nach einer allgemeinen Rechtsregel bejahend oder verneinend entscheiden, ist vielmehr als eine Frage der von den concreten Umständen abhängenden Interpretation des Vertragswillens der Paciscenten aufzufassen, welcher auch dann, wenn nicht zu erweisen ist, daß die Contrahenten beim Vertragsschluß den Fall einer nur theilweisen Leistung speciell erwogen haben, doch aus dem Inhalt des Vertrags und den concreten Umständen ergänzend zu construiren ist.

Im vorliegenden Fall ist es nun nicht außer Zweifel, ob und welche Intention die Parteien in Ansehung des nunmehr eingetretenen Falles gehabt haben. Der Argumentation des 1. Richters ist, auch wenn man

eine eigentliche locatio operis nicht annehmen will, doch die Berechtigung nicht ganz abzusprechen; nach der Ansicht des RÖHG. sprechen aber überwiegende concrete Gründe dafür, daß die Auffassung des OG. die dem Vertragswillen entsprechendere ist.

Daß nicht eine Gesammtsumme als einheitliches Aequivalent für die gesammten Vertragsleistungen stipulirt, sondern das Aequivalent für jede einzelne Insertion festgesetzt worden; daß ferner bei einer so großen Zahl von Insertionen der Fall, daß die Insertion in das eine oder andere Blatt auf Hindernisse stoßen sollte, nicht außer dem Bereich der Möglichkeit, vielmehr sehr nahe lag, und daß dessenungeachtet eine Bestimmung, wie in solchem Falle das Aequivalent des Verklagten anders als im Falle der Erwirkung sämmtlicher intendirten Insertionen geleistet werden sollte, nicht für nöthig erachtet ist; andrerseits nicht anzunehmen ist, daß die Parteien, welche durch die Verabredung einer Durchschnittsvergütung die umständliche Berechnung der wirklichen baaren Auslagen jeder einzelnen Insertion und die minutiöse Abwägung des größeren oder geringeren Maßes der in den einzelnen Fällen von der Klägerin aufgewendeten Bemühungen abschneiden wollten, für den Fall, daß nur eine oder andere Insertion nicht zu ermöglichen wäre, gemeint gewesen seien, statt der einfacheren Durchschnittsvergütung wieder auf die umständlichere Berechnung des Aequivalents, welche gerade verhütet werden sollte, zurückzugreifen, zumal bei einer so großen Zahl von Blättern, vorausgesetzt daß Klägerin diligent und bona fide handelte, also nicht etwa geflissentlich die Insertion nur in billigere Blätter bewirkte, in theurere vermied, im Voraus angenommen werden durfte, daß durch das Ausfallen einiger Blätter die Richtigkeit und Angemessenheit des stipulirten Durchschnittssatzes nicht werde alterirt werden; daß endlich die Acten auch nicht den geringsten Anhalt für die Annahme gewähren, daß die Zubilligung des Durchschnittssatzes, nachdem die Insertion in 18 Blätter ganz ausgefallen und in 5 Blätter nur einmal hat bewirkt werden können, eine Unbilligkeit gegen den Verklagten gegenüber dem ersichtlichen Vertragswillen enthalten würde; alle diese thatsächlichen Momente in ihrem Zusammenhang haben es als gerechtfertigt erscheinen lassen, auch in der jetzigen Sachlage die erfolgte Zuerkennung des Durchschnittssatzes für die thatsächlich bewirkten Insertionen aufrecht zu erhalten.

Ebenso hat aber auch die Beschwerde der Klägerin darüber, daß diese Zuerkennung an die Bedingung geknüpft ist, daß Klägerin bezüglich der nicht bewirkten Insertionen ihre Diligenz und bona fides beweist, nicht für begründet erachtet werden können. In dieser Beziehung steht nämlich dem Gerichtshofe eine freie thatsächliche Beurtheilung nicht zu, da die Klägerin nur die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt hat und einlegen konnte. Einen rechtsgrundsätzlichen Verstoß hat aber das OG. durch den angefochtenen Ausspruch nicht begangen, da demselben der Rechtssatz zur Seite

steht, daß der Anspruch auf Vertragserfüllung die Erfüllung seitens des den Anspruch Erhebenden voraussetzt, und es, wie bereits bemerkt worden, eine concrete Frage der Interpretation des Vertragswillens ist, inwieweit der Anspruch bei einer Mehrheit von Leistungen auch bei nur theilweiser Leistung erhoben werden kann. Das OG. verstößt daher keinenfalls gegen einen Rechtssatz, verkennt namentlich nicht, wie in der Beschwerdeschrift gerügt wird, das Wesen der Klage des Mandatars, wenn es von der Klägerin den Beweis verlangt, daß sie ihrerseits Alles gethan, um den Vertrag vollständig zu erfüllen."

Erk. des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 31. Mai 1879 i. S. Steiner w. Gutkind wegen Forderung. D.

---

31. Haftung des Mandanten für Handlungen des Mandatars, auch wenn dieser den für die übertragenen Anschaffungen festgesetzten Etat überschritten.* — Actio de in rem verso.**

*Vgl. Bd. 23 Nr. 227 mit Nachw.; Bd. 27 Nr. 83; Bd. 28 Nr. 129; auch Bd. 34 Nr. 33. — **Vgl. Bd. 16 Nr. 44 mit Nachw.; Bd. 29 Nr. 29; Bd. 33 Nr. 22.

Der verstorbene Docent N. hatte an einem ärztlichen Institut, welches einen Bestandtheil der Universität X. bildet, die Lehrstelle für chirurgische Poliklinik inne, und war demselben jährlich und etatsmäßig eine bestimmte Summe Geldes aus Universitätsmitteln zur Verfügung gestellt, um hiermit die für die Behandlung chirurgischer Fälle augenblicklich nothwendigen Hülfsmittel zu beschaffen. Auf Anordnung des genannten Docenten in seiner bezeichneten Eigenschaft wurden von der Firma Sch. an die chirurgische Abtheilung jenes Instituts Verbandstoffe abgeliefert, welche daselbst auch ihre Verwendung fanden. Nach dem Tode des Docenten N. erhob die Firma Sch. Klage gegen die Universität auf Zahlung des Werthbetrages gelieferter Waaren. — Diese bestritt u. A., daß Docent N. zur Bestellung der in Frage stehenden Stoffe berechtigt gewesen und daß durch die betreffenden Bezüge die Universität der klägerischen Firma gegenüber verpflichtet worden sei, sich darauf berufend, daß die Docenten nur mit den ihnen von der Universität baar angewiesenen Summen Anschaffungen zu poliklinischen Zwecken zu machen befugt seien, nicht aber über diese Beträge hinaus, wie hier, namens der Universität Anschaffungen machen könnten.

Von den Instanzgerichten wurde der Klagebitte entsprochen und die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet erachtet. Die Gründe sagen über die erwähnte Vertheidigung der Beklagten:

Das Berufungsgericht hat ausgesprochen, daß das dem Docenten N. mit der Uebertragung der Lehrstelle für die chirurgische Poliklinik und mit der Ermächtigung zur Anschaffung und Verwendung der behufs der Ausübung seiner Heil- und Lehrthätigkeit erforderlichen Verbandstoffe ertheilte Mandat

nach Außen hin keiner anderen als der aus dem Zweck des Instituts sich ergebenden Beschränkung unterstellt worden und daß die Festsetzung einer gewissen jährlichen Summe für die erforderlichen Anschaffungen im Etat als eine besondere, lediglich dem Mandatar gegenüber von dem Mandanten gegebene Weisung aufzufassen sei. Mit dieser nicht weiter anfechtbaren thatsächlichen Feststellung ist die Berechtigung der Klägerin zu dem erhobenen Anspruch entschieden. . . .

Nach dieser Feststellung war die von N. namens der Beklagten bei der Klägerin erfolgte Bestellung der in Frage stehenden Verbandstoffe, sowie die Uebernahme derselben und deren Verwendung für die Poliklinik dem Inhalt der von der Beklagten ertheilten Vollmacht, so wie dieselbe in die äußere Erscheinung getreten ist, bzw. der Natur des dem N. übertragenen Geschäfts durchaus entsprechend. Insofern jedoch ein excessus mandati darin gefunden werden wollte, daß N. die im Etat ihm angewiesene Summe überschritt, so ist ein solcher dem dritten Contrahenten gegenüber nicht zu beachten, da festgestelltermaßen die Anweisung im Etat unter den vorliegenden Umständen nur als eine dem Mandatar ertheilte geheime Instruction aufzufassen und nicht einmal mit Bestimmtheit behauptet worden ist, daß Klägerin zur Zeit der Bestellung und Lieferung von der fraglichen Beschränkung Wissenschaft gehabt habe. Unter den gegebenen Verhältnissen kann auch von einer weiteren Erkundigungspflicht in der bezeichneten Richtung keine Rede sein.

Vgl. Seuffert Pand. Bd. 2 § 338; fr. 11 § 2—5 de instit. 14. 3.

Die hiernach begründete actio quasi institoria

vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 482

ist auch von der Klägerin in der That erhoben worden, da unter Berufung auf die Thatsachen, daß die Klägerin auf Bestellung des N. namens und für die Poliklinik, als eines Instituts der Universität, die in Frage stehenden Verbandstoffe geliefert habe und N. zur Bestellung und Uebernahme derselben für die Poliklinik ermächtigt gewesen sei, der werthentsprechende Preis für die gelieferte Waare von der Mandantin verlangt wurde.

Aber auch abgesehen von einem Mandat würde der erhobene Anspruch aus dem Gesichtspunct der in rem versio gerechtfertigt sein.

Nach gemeinem Rechte haftet derjenige, dessen Geschäft Jemand, ohne hierzu beauftragt zu sein, mit der hierauf gerichteten Absicht zu des Ersteren Vortheil geführt hat und welchem in Folge dieser Geschäftsführung eine Bereicherung aus dem Vermögen eines Dritten zugegangen ist, diesem Dritten für den Ersatz bis zu dem Betrage der Bereicherung.

Fr. 1 pr., fr. 3 § 1—3 de in rem v. 15. 3; const. 7 § 1 quod cum eo 4. 26.

Im vorliegenden Fall steht fest, daß N. in der Absicht einer Geschäftsführung für die Universität für diese, bzw. für die durch dieselbe vertretene Poliklinik die in Frage stehenden Verbandstoffe bei der klagenden Firma

bestellt und nicht nur diese Firma ihm dieselben zum Zweck der Verwendung in der bezeichneten Anstalt geliefert hat, sondern daß dieselben auch in der That daselbst ihre Verwendung gefunden haben. In dem angefochtenen Urtheil ist ferner festgestellt, daß diese Geschäftsführung des N. für die Universität eine nützliche gewesen ist, da die Poliklinik ein Lehrmittel derselben und die praktische Anwendung dieses Lehrmittels einen Theil des Gesammtzwecks und der dem Wesen der Universität entsprechenden Gesammtverpflichtung bilde, die Beschaffung jener Verbandstoffe aber ein für die Behandlung chirurgischer Fälle augenblicklich nothwendiges Hülfsmittel und die Thätigkeit des Docenten N. in der chirurgischen Poliklinik zur Zeit der erfolgten Lieferung keineswegs wegen Mangels der zur Anschaffung von Verbandstoffen erforderlichen Mittel eingestellt gewesen sei, sonach in dem Gestatten der Fortdauer der Docententhätigkeit des N. sogar eine Billigung des Ankaufs und Verbrauchs der hierzu nothwendigen Verbandzeuge gefunden werden müsse. Liegt hiernach festgestelltermaßen eine für die Beklagte nützliche Geschäftsführung des Docenten N. vor und würde aus diesem Grunde auch Letzterem die actio negotiorum gestorum contraria gegen den Geschäftsherrn auf Ersatz seiner etwa gehabten Auslagen zweifellos zugestanden haben, so ist auch die klagende Firma, aus deren Vermögen die fraglichen Verbandstoffe in das Vermögen der Beklagten gekommen sind und Letzterer somit eine Bereicherung auf den Werth derselben zugegangen ist, nach den oben angeführten Gesetzesvorschriften berechtigt, von der Beklagten den Ersatz dieses Werths, welcher dem geforderten Preise gleichkommt und daher durch diesen gedeckt wird, zu verlangen.

Gleichgültig ist hierbei, daß die Gegenstände nicht mehr vorhanden, sondern in der Poliklinik verbraucht worden sind; denn die Bereicherung ist bereits mit dem Uebergang derselben in das Vermögen der Beklagten eingetreten und eine Fortdauer derselben zur Zeit der Klagestellung wird von den Gesetzen nicht gefordert.

Vgl. fr. 3 § 7, 8, fr. 17 pr. de in rem verso 15. 3.

Es wurde zwar von der beschwerdeführenden Partei der Klage aus der nützlichen Verwendung gegenüber geltend gemacht, daß in der Anweisung einer gewissen jährlichen Summe im Etat für die erforderlichen Anschaffungen das Verbot einer diese Summe überschreitenden Geschäftsführung enthalten und hiernach auch die actio de in rem verso des Dritten ausgeschlossen sei. Allein durch die Feststellung im angefochtenen Urtheil, daß der für die chirurgische Poliklinik bestimmte Etat lediglich als ein dem Docenten N. zur Verfügung gestelltes Zahlungsmittel erachtet werden könne, ist das Vorhandensein eines von dem Gesetze verlangten ausdrücklichen Verbots geradezu verneint.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 6. Juli 1880. HV. Nr. 5577.

v. L.

32. Anweisung des Gläubigers auf den Erlös aus einer auf seinen Antrag eingeleiteten Zwangsvollstreckung bewirkt keine sofortige Tilgung der Forderung.

Vgl. Bd. 13 Nr. 221; (Bd. 11 Nr. 169); Bd. 22 Nr. 123, 220; Bd. 31 Nr. 193.

Die Nichtigkeitsbeschwerde sucht ihren ersten Angriff damit zu begründen, daß sie aus den Bedingungen zu der Versteigerung vom 17. Juli 1873 folgert, hierdurch sei die Forderung auf den erzielten Erlös in das Vermögen der klagenden Gläubiger übergegangen und damit von selbst die jetzt eingeklagte Forderung, soweit der Erlös reiche, zur Erlöschung gebracht worden. Allein die in Ziffer 3 und 10 des Versteigerungsprotocolls aufgestellte Bedingung, daß das Steiggeld an den Erheber zu bezahlen und Letzterer angewiesen sei, damit die namentlich aufgeführten Forderungen zu berichtigen, enthält weiter nichts als einerseits eine Zahlungsauflage für die künftigen Erwerber und andrerseits eine Anweisung an den Erheber über die Verwendung der Kaufpreise, bzw. eine Anweisung der Gläubiger auf die Forderungen ihres Schuldners. Diese letztere Anweisung aber kann, da nach bekannten Rechtsgrundsätzen Anweisung noch keine Zahlung ist, nicht als ein die wirkliche Befriedigung der Gläubiger und somit die Liberation der ihnen verpflichteten Bürgen begründender Rechtsact angesehen werden. . . . Demnach hat der Appell.-Richter nicht gegen das Gesetz verstoßen, indem er die Forderung des Klägers nur so weit, als er aus dem Versteigerungserlöse bezahlt wurde, als getilgt und daher auch nur insoweit die Verbindlichkeit der beklagten Bürgen als erloschen angesehen hat.

Der ev. Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde ist ebensowenig begründet. Er beruht auf dem angeblichen Rechtssatz, daß ein Gläubiger, auf dessen Klage eine Zwangsversteigerung stattgehabt, nicht ohne den Nachweis, daß und wieweit er durch diese Versteigerung zu seiner Befriedigung nicht gelangen könne, gegen den exequirten Schuldner vorgehen und nur so viel fordern könne, als ihm nach dem Ergebnisse der Versteigerung zu seiner Befriedigung noch fehlte. Dieser Satz wäre richtig, wenn die Anweisung der Gläubiger auf die durch eine Zwangsversteigerung erreichten Erlöse eine sofortige Tilgung der betreffenden Forderungen bewirken würde. Hat aber eine derartige Anweisung diese Rechtsfolge nicht und kann insbesondere der in Rede stehenden Versteigerung eine solche Wirkung nicht beigemessen werden, so ist das Klagerecht des Gläubigers nur so weit beseitigt, als er aus dem Erlöse des Versteigerten bezahlt wurde, und falls es zum Rechtsstreit kommt, muß seiner Klage gegenüber, sei es von dem Hauptschuldner oder von dem Bürgen, der Nachweis geliefert werden, daß oder wieweit die Zahlung erfolgt ist.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 2. April 1880 in der preuß. (nassauischen) Sache Roßbach w. Flach. St.

33. Geschäftsführung in Erfüllung der Alimentationspflicht des Ehemanns gegen dessen Verbot.

Vgl. Bd. 3 Nr. 51; Bd. 11 Nr. 37; Bd. 14 Nr. 94; Bd. 21 Nr. 52.

Die Beklagte wollte gegen die Klagforderung mit einer Ersatzforderung für Alimente, welche sie der Ehefrau des Klägers gereicht hatte, compensiren. Letztere war aus einem für gerechtfertigt zu erkennenden Grunde aus dem Hause des Klägers fortgezogen und hatte sich in das Haus und die Verpflegung der Beklagten begeben. Der Kläger replicirte, daß Beklagte wohl gewußt habe, daß er beständig auf Rückkehr seiner Ehefrau gedrungen habe und ihm deren Alimentirung durch die Beklagte zuwider sei, daß mithin eine Geschäftsführung wider Verbot des Geschäftsherrn vorliege, aus welcher keine Ersatzforderung entspringe. Dieser Einwand wurde oberstrichterlich verworfen:

„Die in Rede stehende Geschäftsführung muß als im Interesse des Klägers gelegen anerkannt werden, wenn man auch im Allgemeinen bei Beurtheilung der Frage, ob die Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsherrn gelegen sei, das entscheidende Gewicht nicht auf objective Rücksichten legt, sondern die Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Geschäftsherrn für wesentlich maßgebend betrachtet (vgl. v. Kübel im Württ. Gerichtsblatt Bd. 16 S. 244, 245). Die Aufstellung des Klägers nämlich, daß für eine Alimentation seiner Ehefrau außerhalb seines Hauses seine Zustimmung nicht habe angenommen werden können, kann keine Beachtung finden, eben weil es sich um die Erfüllung der Verpflichtung des Ehemanns zur Alimentation seiner Ehefrau handelt. Denn der Wille des Geschäftsherrn, Verpflichtungen, welche Ausfluß des auf dem Sittengesetze beruhenden Rechtsverhältnisses der Ehe sind, unerfüllt zu lassen, kann ebensowenig berücksichtigt werden, als einem gegen die Sittengesetze verstoßenden Vertrage Gültigkeit zukommt. Maßgebend kann der Wille des Geschäftsherrn nur unter der Voraussetzung sein, daß er sich nicht der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit zu entziehen sucht, welche nicht bloß vermögensrechtlicher Natur ist, sondern einer sittlichen Vorschrift entspringt. In der Uebernahme der Alimentation der Ehefrau des Klägers durch die Beklagte ist deshalb eine von dem Kläger, welcher der Alimentation seiner Ehefrau sich nicht selbst unterzogen hat, anzuerkennende Geschäftsführung zu finden.

Sintenis Civilr. § 114 N. 36; Tafel Civilrechtssprüche Bd. 5 S. 228; Dresdener Entwurf eines Ges. über die Schuldverh. Art. 824[1]).“

Erk. des OLG. zu Stuttgart v. 1. Juni 1880 i. S. Heydt w. André.

P.

[1]) Vgl. auch Windscheid Pand. Bd. 2 § 430 Not. 20.

34. Der Klage des einen Gesellschafters gegen den andern auf Rechnungslegung steht nicht die aus einer gleichen Verpflichtung des Klägers entnommene Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegen.

Vgl. Bd. 1 Nr. 212; Bd. 16 Nr. 215; Bd. 25 Nr. 105, 237; Bd. 29 Nr. 235.

Parteien hatten beredet, ein Gut mit Inventar zum Zweck der Weiterveräußerung für gemeinschaftliche Rechnung zu kaufen, und Beklagter hatte den Ankauf besorgt. Auf Rechnungsablage belangt erhob er die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, weil Kläger seinerseits über den Verkauf des Inventars noch nicht Rechnung gelegt habe. Die Einrede ward in 2. Instanz verworfen, weil der Anspruch des Beklagten auf Rechnungsablage den Kläger nicht hindere, vorher vom Beklagten Rechnungsablage über dessen Geschäftsführung zu verlangen, und eine desfällige Widerklage nicht angestellt sei. Die hiergegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde verworfen:

Unbegründet ist die Rüge der Verletzung des Rechtsgrundsatzes, daß bei zweiseitigen Verträgen kein Contrahent verpflichtet sei, mit seiner Leistung voranzugehen. Sind Gesellschafter gegenseitig zur Rechnungslegung verpflichtet, so entspringt doch für jeden von ihnen diese Verbindlichkeit nur aus der von ihm für die Societät übernommenen Geschäftsführung. Und sowenig bei solchen Verhältnissen von contractlicher Leistung und Gegenleistung die Rede sein kann, sowenig läßt sich verkennen, daß die Klage eines Socius auf Rechnungslegung mit dem Einwand, daß auch für den Kläger eine noch unerfüllt gebliebene Verpflichtung zur Rechnungsablegung bestehe, nur unter der thatsächlichen Voraussetzung zurückgewiesen werden kann, daß nach den concreten Verhältnissen die vorgängige Aufmachung der dem Kläger obliegenden Rechnung eine nothwendige Vorbedingung für die Aufstellung der geforderten Rechnung ist.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 9. April 1880 in einer preuß. (hessischen) Sache. Heuser Annalen Bd. 25 S. 68.

---

35. Gesellschaftsvertrag oder Darlehn?

Vgl. Bd. 10 Nr. 154; Bd. 13 Nr. 248; Bd. 21 Nr. 120; auch Bd. 32 Nr. 161.

Augenscheinlich handelt es sich nach dem, was über die Verträge bemerkt ist, welche zwischen dem Beklagten und den angeblichen Theilnehmern an dem von ihm betriebenen Steinbruchsgeschäft über eine Betheiligung derselben abgeschlossen worden, um die Gründung einer, der in Art. 250 f. des HGB. behandelten stillen Handelsgesellschaft in mannigfacher Beziehung ähnlichen, unvollkommenen Theilnahme an einem von dem persönlich haftenden Theilhaber unternommenen Geschäft. Wie schon bei dem dem gemeinen Rechte bekannten sog. foenus nauticum (pecunia traiectitia)

Windscheid Pand. Bd. 2 § 371 in und bei Not. 8

erkennbar, besteht eine solche unvollkommene Theilnahme überall da, wo Jemand zu einem gewerblichen Unternehmen ein Capital unter der Bedingung hergiebt, daß er zwar Anderen gegenüber bei den einzelnen vorkommenden Geschäften als Theilhaber weder thätig noch vertreten erscheine, daß ihm aber gleichwohl im Fall eines dabei erzielten Gewinns ein gewisser Antheil an selbigem zugesichert und im Fall des Verlustes eben nur so viel als nach Abzug des ihn davon treffenden Antheils von seiner Einlage übrig sein werde — also, wenn selbige ganz verloren ginge, nichts — zurückgegeben werden solle, daß er dagegen auch über den Betrag seines eingelegten Capitals hinaus keinen Verlust zu tragen habe.

Vgl. Treitschke die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen § 9 S. 16 (2. Ausg.).

Das im vorliegenden Fall allein maßgebende (sächs.) bürgerl. Gesetzbuch enthält nun in §§ 1359 ff. keine hierher bezüglichen näheren Bestimmungen. Daß gleichwohl derartige Verträge den Grundsätzen desselben nicht fremd sind, folgt aus der Erwähnung derartiger Vereinbarungen in § 4 unter Nr. 4 der Publicationsverordnung zu demselben vom 2. Januar 1863. Dasselbe betrachtet sie jedoch, wie schon die Erwähnung derartiger Abmachungen bei Gelegenheit der Frage nach der rechtlichen Beurtheilung des Zinswuchers zeigt, im Wesentlichen als Darlehnsverträge. In der That gehören auch derartige Abmachungen nur insofern zu den Gesellschaftsverträgen, als sie, wie die letzteren, eine gewisse Gemeinschaft des Gewinns und Verlusts zur Folge haben; sonst aber unterscheiden sich dieselben von eigentlichen und vollkommenen Gesellschaftsverhältnissen nicht nur dadurch, daß die Verbindlichkeit des Gebers einer solchen Capitaleinlage dem Empfänger derselben gegenüber mit der Einschießung der betreffenden Geldsumme vollständig getilgt ist, sondern insbesondere auch dadurch, daß gegen Dritte für den Einleger aus den Geschäften des Gewerbes selbst dann keine Obligationen entstehen, wenn der Dritte darum gewußt hat, in welchem Verhältniß der Einleger zu dem eigentlichen und benannten Inhaber des Geschäfts, mit welchem er contrahirte, gestanden habe.

Vgl. Treitschke a. a. O. § 9 u. § 62b S. 167.

Namentlich hat daher auch die Bestimmung im Art. 257 des HGB. in solchen Fällen, wo ein überhaupt nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilendes Vertragsverhältniß nicht in Frage steht, keine Anwendung zu leiden, und es kann hieran nicht einmal etwas ändern, wenn die solcher gestalt verbundenen Geschäftstheilhaber für das Geschäft einen die Betheiligung noch anderer Personen als des eigentlichen Geschäftsinhabers, nach Art und Weise einer Handelsfirma, kennzeichnenden Namen für den Gewerbebetrieb gewählt haben sollten.

Vgl. Thöl Handelsr. (4. Ausg.) Bd. 1 S. 250 Not. m; Puchelt Commentar zum HGB. (2. Ausg.) Bd. 1 S. 513 Bemerk. zu Art. 257.

Jedenfalls erscheint aber auch die Nichtexistenz einer den unvollkommenen Theilhabern dritten Gläubigern gegenüber obliegenden Haftung in dem hier vorliegenden Fall schon dadurch gewahrt, daß, wie beide Theile übereinstimmend angeben, der Beklagte die persönliche Haftung für das Geschäft ausdrücklich übernommen hatte und dies den Vertragschließenden augenscheinlich zur Genüge bekannt war. . . .

Urtheil des OAG. zu Dresden v. 29. März 1878 i. S. Kretzschmar u. Gen. w. Neustadt. Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 46 S. 434.

---

36. Schenkung des gesammten Vermögens; ohne Schuldübernahme kein directes Klagrecht der Gläubiger des Schenkers gegen den Schenknehmer.

Vgl. Bd. 11 Nr. 106; Bd. 24 Nr. 115. (Auch Bd. 35 Nr. 279 mit Nachw.)

„In der notariellen, übrigens auch gerichtlich insinuirten Verhandlung vom 10. Februar 1878 ist eine donatio omnium bonorum, speciell des gesammten gegenwärtigen Vermögens, enthalten, bei welcher die beschenkte Nichte der Schenkgeberin neben lebenslänglicher Alimentirung derselben nur die auf dem mitgeschenkten Hause haftenden Hypothekschulden zu 18000 ℳ übernommen hat. Ob dieser Act eine Schenkung unter Lebenden oder eine frei widerrufliche Schenkung auf den Todesfall . . . bedeutet, ist für die hier allein in Betracht kommende Frage:

> ob den Gläubigern des Schenkers, ohne daß die Voraussetzungen einer Schuldübernahme vorhanden sind, ein directes, lediglich auf die Weggabe des gesammten Vermögens zu stützendes Klagrecht gegen den Schenknehmer zusteht,

nicht von Einfluß, weil in dem entscheidenden Puncte, nämlich darin, daß weder die erstere noch die letztere

vgl. Windscheid Pand. Bd. 3 § 676 Not. 21; Seuffert Archiv Bd. 27 Nr. 239; Braunschw. Ztschr. f. Rechtspfl. Bd. 22 S. 10 f.

eine Universalsuccession begründet, beide Arten der Schenkung übereinstimmen.

Daß die Frage verneint werden muß, ist vom Appell.-Richter auch für das heutige Recht nachgewiesen.

Ein directes Klagrecht kennen die Quellen nicht; der Gläubiger muß vielmehr, so zu sagen, seinen Weg durch die Person des Schenkers, seines Schuldners, hindurch nehmen. Der von dem Kläger dagegen angeführte Satz: bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt:

fr. 39 § 1 de V. S. 50. 16; vgl. fr. 11 de iure fisci 49. 14; fr. 66 § 1, fr. 69 ad l Falcid. 35. 2; fr. 17 de mortis c. donat. 39. 6; const. 8 § 4 de bon. quae lib. 6

deutet eben nur, indem er die Selbstverständlichkeit eines Anspruchs i sein gesammtes Vermögen durch Liberalität Uebertragenden auf Liberum von seinen Schulden ausspricht, den Weg an, auf welchem die Gläubig aber immer erst durch Ausklagung des Schenkers bzw. seiner Erben, nä lich durch executionsweise Einsetzung in diesen Anspruch, zu ihrer Bef digung aus den Mitteln des Beschenkten gelangen können, so daß a solche Gläubiger, welche keine hypothekarische Klage haben, keineswegs a die actio Pauliana beschränkt sind:

fr. 72 pr. de iure dot. 23. 3; fr. 17 § 1 quae in fraud. cred. 42. 8; fr. 12, fr. de donat. 39. 5; const. 15, 22 eod. 8. 54; const. 2 de condict. ob caus. 4. 6.

Daß diese Grundsätze auch heute noch Geltung haben, wird neuerdi kaum irgendwo bestritten:

s. besonders Kindii quaest. for. II. c. 63 p. 271 s.; Elvers Allg. Juristen-Ztg. S. 287 f., 290; v. Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen Bd. 2 I. S. 26– v. Savigny System Bd. 4 S. 136 ff.; Schilling Instit. Bd. 3 § 362 S. 94 954; Sintenis Civilrecht Bd. 1 § 23 S. 204 f. der 3. Ausg.; Windscheid § 368 zu Not. 4 ff; Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 106, vgl. Bd. 24 Nr. Braunschw. Ztschr. f. Rechtspfl. Bd. 3 S. 141.

Nur dadurch weicht das heutige Recht von dem röm. Rechte (const. cit. de donat. 8. 54) ab, daß es bei ausdrücklicher Uebernahme der Schul unter den für die Schuldübernahme überhaupt geltenden Voraussetzu eine directe Klage gegen den Schenknehmer, wenigstens nach der herrsch Meinung, gewährt (s. Windscheid a. a. O. § 368 Not. 4, vgl. mit § 33 Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 11. Juni 1880 i Staats w. Voges wegen Forderung aus einer Wechselbürgschaft. D.

---

37. Heutiger Werth der zur Insinuation der Schenkung erforderl 500 solidi.* — Auf irriger Theorie beruhender Gerichtsgebrauch.**

*Vgl. Bd. 34 Nr. 119 mit Nachw. — **Vgl. Bd. 34 Nr. 20 mit Nachw. unter **; Bd. Nr. 299.

In der Abhandlung von Francke im Archiv für civilistische Pr Bd. 47 Nr. 18 ist überzeugend dargelegt, daß das deutsche Gewohnh recht, welches in dem Rechtssatze über das Erforderniß der gerichtl Insinuation bei großen Schenkungen die 500 solidi durch 500 Du ersetzt hat, von den im Werth von 4 Gulden des 18 Guldenfußes geprägten Reichsducaten zu verstehen ist und daß daher die 500 Du dem Betrage von 1555 5/9 Thalern im 14 Thalerfuß entsprechen, d. i. heutiger Münze 4666 2/3 ℳ. oder 4666 ℳ. 67 ₰. Die particulare

richtspraxis, auf welche die vorige Instanz sich beruft, kann keinen Anspruch auf Aufrechterhaltung machen, da dieselbe, indem sie, der Ansicht von Savigny, System Bd. 4 S. 210, sich anschließend, das Gewohnheitsrecht auf einen Ducaten im Werth von 4 Gulden des 20 Guldenfußes bezieht, lediglich in einer unrichtigen Auffassung des maßgebenden Rechtssatzes beruht.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 24. Febr. 1880 in einer oldenburg. Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 313.

---

38. Begriff des Vergleichs.

Vgl. Bd. 35 Nr. 119.

Mit Recht hat die 2. Instanz auf die Bestimmungen in § 1409 ff. des (sächs.) bürgerl. Gesetzbuchs verwiesen. Wenn es in dieser Gesetzesvorschrift heißt, daß als ein Vergleich derjenige Vertrag anzusehen sei, durch welchen Mehrere ein zwischen ihnen streitiges oder sonst zweifelhaftes Rechtsverhältniß durch gegenseitiges Nachgeben zu einem unbestrittenen und unzweifelhaften machen, so hat unter der Bezeichnung „gegenseitiges Nachgeben" offenbar nichts Anderes verstanden werden sollen, als daß, wie es die Lehrer des gemeinen Rechts

vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 413; Sintenis Civilr. Bd. 2 § 107 unter B S. 493 der 3. Ausg.

ausdrücken, unter einem Vergleich derjenige Vertrag zu verstehen sei, durch welchen zwei Parteien die zwischen ihnen in Betreff eines Anspruchs bestehende Ungewißheit auf dem Wege gegenseitigen Zugeständnisses beseitigen. Ein solches gegenseitiges Zugeständniß kann nun aber nicht nur darin, daß der Anspruch theilweise aufgegeben, theilweise befriedigt, bzw. anerkannt wird, sondern (wie die Beispiele in const. 9 und 33 de transaction. 2. 4 zeigen) auch darin bestehen, daß der Anspruch ganz befriedigt und bzw. anerkannt, oder auch, wie hier, ganz aufgegeben und dafür von der andern Partei eine Gegenleistung gemacht oder versprochen wird:

vgl. Windscheid a. a. O. bei Not. 8; Sintenis a. a. O. S. 495.

Ein Fall dieser Art liegt aber hier, wo die jetzige Beklagte der wider den jetzigen Kläger bereits rechtskräftig zum Beweise ausgesetzten Klage wieder entsagt, Kläger aber derselben eine bestimmte Geldsumme zu gewähren versprochen hat, dann, wenn, wie von der Beklagten behauptet worden, beide Leistungen gegen einander ausbedungen gewesen, augenscheinlich vor. . . .

Urtheil des OAG. zu Dresden v. 11. April 1878 i. S. Köhler w. Köhler. Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. 46 S. 446.

---

39. Inwiefern ist in der Zusage, dafür sorgen zu wollen, daß ein Dritter seinen Verbindlichkeiten prompt nachkomme, die Uebernahme einer Bürgschaft zu finden?

Vgl. Bd. 30 Nr. 9.

„Die von dem Ziegeleibesitzer S. mit Bezug auf die Person der Klägerin schriftlich abgegebene Erklärung enthält eine offene und unzweideutige Einladung zur Bürgschaftsleistung und zugleich die Aufforderung, sich direct dem Mitkläger gegenüber zustimmend erklären zu wollen; und eine derartige, mit der fraglichen Proposition resp. Einladung in correspectiver Beziehung stehende zustimmende Erklärung ist denn auch in dem mit der Klage überreichten Schreiben vom 5. Juni 1879 in der That abgegeben. Stände diese Erklärung: „mit dafür sorgen zu wollen, daß S. seinen Verbindlichkeiten prompt nachkomme", isolirt, so würden in Beziehung auf Sinn und Tragweite derselben gegründete Bedenken aufgeworfen werden können; solches ist aber nicht der Fall, sie steht vielmehr mit jenem klägerischen Ersuchen vom 8. Mai v. J., welches auch die Initiative dazu gegeben hat, in correspectiver Beziehung und vermag, mit jener zusammengehalten, nur im Sinn einer auf die darin enthaltene Einladung eingehenden Erklärung gedeutet zu werden. Diese Auslegung rechtfertigt sich allen in Betracht kommenden Umständen nach um so mehr, als man sonst zu der den guten Glauben des Verklagten geradezu in Frage stellenden Annahme gelangen würde, daß es in der Absicht des Letzteren gelegen habe, der Klägerin statt eines privatrechtlich bindenden Garantieversprechens, wie es begehrt worden ist, den leeren Schein eines solchen, statt eines rechtsverbindlichen Vertrags ein pactum inutile zu bieten. Bestimmt und nach Gelde schätzbar ist nämlich in der Regel nur das Versprechen einer sog. cura cum effectu:

fr. 18, 19 ratam rem 46. 8; fr. 5 de duobus reis 45. 2,

indem die Handlung des Verpflichteten nicht allein durch die Bezugnahme auf den zu bewirkenden Erfolg genügend begrenzt wird, sondern auch in dem zugesicherten Erfolge, dessen Ausbleiben in einem solchen Falle vom Promittenten vertreten werden muß, einen sichern Haltpunct für die etwaige Ermittlung ihres Geldwerthes bietet. Das Versprechen: sich alle Mühe geben zu wollen, daß die Leistung eines Dritten erfolge (einer cura schlechthin), läßt die vom Promittenten übernommene Verpflichtung völlig unbestimmt und ist einer sichern Werthschätzung nicht fähig. Maß und Qualität der versprochenen Handlungen sind in diesem Falle nicht näher begrenzt; die unterbliebenen Handlungen, die sich nicht schon an und für sich auf einen bestimmten Geldwerth zurückführen lassen, können aber auch ohne den Nachweis, daß dieselben Erfolg gehabt haben würden, einen Maßstab für das Interesse des Berechtigten garnicht abgeben: die aufzuwendende Mühe.

als Inbegriff verschiedener, auf einen bestimmten Zweck gerichteter Thätigkeitsacte, hat an und für sich und unabhängig von dem dadurch herbeizuführenden Erfolge keinen Geldwerth für den Promissar. Demnach kann nur die Verpflichtung: curaturum et effecturum se, ut Titius det vel faciat, d. h. es bewirken, dahin bringen zu wollen, daß ein Dritter etwas leiste, aber nicht das unbestimmte Versprechen, sich alle Mühe geben zu wollen ꝛc., für wirksam gehalten werden.

Ob nun ein Versprechen der einen oder andern Art als vorhanden anzunehmen sei, ist eine jedesmal nach den concreten Verhältnissen zu beurtheilende Interpretationsfrage, deren Beantwortung im gegebenen Falle, in welchem beide Theile nur eine die Rechte der Klägerin sichernde, rechtsverbindliche Zusage im Auge gehabt haben können, nicht zweifelhaft sein kann." . . .

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 24. Mai 1880 i. S. Leidersdorf u. Fehr w. Röver wegen Forderung. D.

---

40. Anfechtung der einem Vorschußvereine geleisteten Bürgschaft wegen statutenwidrigen Handelns des Vereinsvorstands, bzw. wegen Nachlässigkeit in der Beitreibung vom Hauptschuldner.

Vgl. Bd. 4 Nr. 42; Bd. 6 Nr. 41; Bd. 7 Nr. 33, 34, 177, 311, 312; Bd. 11 Nr. 243; Bd. 12 Nr. 240; Bd. 16 Nr. 112; Bd. 23 Nr. 29 Ziff. 3; Bd. 27 Nr. 230; Bd. 31 Nr. 33; Bd. 32 Nr. 322, 323.

Die Annahme der Vorinstanz, daß der Vorstand des klagenden Vereins statutenmäßig verpflichtet gewesen sei, von dem Hauptschuldner D. die ihm auf laufende Rechnung gewährten Vorschüsse nach Ablauf des ersten Jahres, jedenfalls aber nach Ablauf der nächstfolgenden 6 Monate einzuziehen, bei unterlassener Ausübung dieser statutenmäßigen Pflicht aber der Verein den Rückgriff gegen den Verklagten als Bürgen verloren habe, ist nicht zu billigen.

Die hier maßgebenden Statuten des Vereins von 1865 und 1871 unterscheiden bestimmt zwischen Gewährung von Vorschüssen und Gewährung eines Credits auf laufende Rechnung. . . . Da selbstverständlich auch die Bewilligung eines Contocorrentcredits darauf hinausläuft, dem Creditnehmer Vorschüsse zu gewähren, so kann jene Unterscheidung nur darin gefunden werden, daß unter Gewährung von „Vorschüssen" die einmalige Darleihung von vorn herein bestimmter Summen für bestimmte Zeit begriffen ist, wogegen die Bewilligung eines Contocorrentcredits im Sinne der Statuten dem Creditnehmer das Recht verleiht, innerhalb des bewilligten Credits jederzeit beliebige Summen bei der Kasse des Vereins zu entnehmen, auch bezüglich derselben dergestalt einen Wechsel eintreten zu lassen, daß durch

beliebige Einzahlungen und erneuerte Geldentnahmen die Schuld jeweilig erniedrigt oder erhöht wird.

Diesen verschiedenen Arten des Geschäftsverkehrs entsprechen auch die dafür getroffenen besonderen Bestimmungen. Für „Vorschüsse" ist in § 9 Abs. 3 vorgeschrieben, daß sie in der Regel nicht auf länger als ein Vierteljahr zu bewilligen und nur auf weitere 3 Monat zu prolongiren sind, womit die Bestimmung in Anlage E § 5, daß Vorschüsse in der Regel nur auf Wechsel gegeben werden sollen, in Verbindung steht. Für die auf Contocorrentcredit gegebenen Vorschüsse fehlen nicht allein diese Bestimmungen, sondern es ergiebt sich auch aus § 11 Abs. 1 und 2, sowie aus Anlage D § 10 und 12 der Statuten, daß der Contocorrentcredit, wie dies auch in der Natur der Sache liegt, nicht von vorn herein als durch eine bestimmte Zeit begrenzt gedacht ist.

Vorliegend ist nun nach den klaren Worten des Verpflichtungsscheins vom 15. Juni 1870 dem D. ein Contocorrentcredit bis zum Betrage von 5000 Thlr. bewilligt worden. Dadurch, daß D. diesen Contocorrentcredit in der Art benutzte, daß er innerhalb der ersten beiden Monate Summen bis zur vollen Höhe des ihm bewilligten Credits erhob und auch mittels der von ihm hiernächst geleisteten Einzahlungen niemals mehr als die laufenden Zinsen jener Summen deckte, können diese Contocorrentvorschüsse nicht nachträglich zu „Vorschüssen" im Sinne des § 9 und der Anlage E der Statuten umgewandelt gelten. Auch kann in dem Schlußsatze des von D. ausgestellten Verpflichtungsscheins: „und verspreche — die ganze Schuld nach Ablauf eines Jahres zurückzuzahlen" nur die in § 11 Abs. 1 der Statuten vorbehaltene Vereinbarung wegen Kündigung des Geschäftsverkehrs auf laufende Rechnung erblickt werden, welche allerdings den Verein berechtigte, mit Ablauf eines Jahres den bewilligten Credit zu kündigen, ohne daß aber der Verein verpflichtet war, die in § 9 Abs. 3 der Statuten für „Vorschüsse" im engeren Sinn bestimmten Fristen zu wahren. Ein statutenwidriges Handeln kann also in der unterlassenen zeitigen Einziehung der Schuld von dem Hauptschuldner nicht gefunden werden.

Aber auch im Uebrigen reichen die vom Verklagten geltend gemachten Thatumstände nicht aus, um aus dem Verhalten des Vereins dem Hauptschuldner gegenüber einen Grund für die Ausschließung der gegenwärtigen Klage zu entnehmen. Es kommt zunächst in Betracht, daß die Bürgschaft nicht etwa auf eine bestimmte Zeit eingegangen, ja selbst für den Hauptschuldner nicht einmal ein fester Zahlungstag bestimmt war. Bei dieser Sachlage würde nur etwa eine unverkennbare Nachlässigkeit des Gläubigers in der Beitreibung der Forderung vom Hauptschuldner den Bürgen berechtigen, seine Zahlpflicht abzulehnen. Ob und wann aber dasjenige, was im Laufe der Jahre 1871—1878 über die Vermögensverhältnisse des D. bekannt wurde, den Verein hätte veranlassen müssen, klagend gegen den

selben vorzuschreiten, und ob und bis zu welchem Zeitpuncte es dadurch möglich gewesen sein würde, Zahlung von D. zu erlangen, steht nach Allem, was Verklagter darüber anführt, nicht mit Sicherheit zu bemessen. Und jedenfalls trifft den Verklagten der Vorwurf, daß, wenn wirklich die Thatumstände so lagen, daß ein früheres Vorschreiten gegen D. geboten und dadurch die Forderung zu retten gewesen wäre, er, der Verklagte, es unterließ, den Verein hierzu aufzufordern, event. aber selbst klagend gegen D. vorzugehen. Die Entschuldigung des Verklagten, daß ihm die Sachlage unbekannt gewesen, trifft nicht zu, da es seine Sache gewesen wäre, sich darnach zu erkundigen. Hat aber der Verklagte, der doch zufolge der übernommenen Bürgschaft in erster Linie dabei interessirt war, daß D. seine Schuld abtrug, in dieser Richtung keine Schritte gethan, . . . so kann er auch dem Kläger keinen Vorwurf daraus machen, daß dieser nicht in seinem (des Verklagten) Interesse zeitiger vorgeschritten sei.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 20. Febr. 1880 in der preuß. (kurhess.) Sache Allendorf w. Rühling. St.

---

41. Der Bergwerksunternehmer haftet nicht für das Verschulden eines von ihm zur Aufnahme eines Specialrisses angenommenen Markscheiders; zum Begriff des Bevollmächtigten im Sinne des § 2 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871.

„Der Appell.-Richter stellt fest, daß der Unfall, bei welchem der Ehemann und Vater der Kläger ums Leben gekommen ist, einem Verschulden des Markscheiders M., welcher im Auftrage der Beklagten einen dem weiteren Bergbaubetriebe derselben zum Grunde gelegten Specialriß in Betreff des Flötzes P. angefertigt habe, zuzuschreiben sei, indem der von M. angefertigte Riß unrichtig gewesen sei. Er ist der Ansicht, daß Beklagte für das Verschulden des Markscheiders nicht hafte, und hat daher den Entschädigungsanspruch der Kläger für unbegründet erklärt. Die Nichtigkeitsbeschwerde meint, daß diese Entscheidung auf einer unrichtigen Auslegung des § 2 des Gesetzes vom 7. Juni 1871 beruhe.

Nach dem § 2 cit. haftet der Betriebsunternehmer in den dort erwähnten Fällen für das Verschulden eines „Bevollmächtigten", eines „Repräsentanten" oder einer „zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs oder der Arbeiten angenommenen Person". Es ist klar, daß der von der Beklagten mit der Anfertigung eines Risses und den hierzu erforderlichen Messungen und sonstigen Arbeiten beauftragte Markscheider nicht als ein „Repräsentant" der Beklagten oder als eine „zur Leitung des Betriebs oder der Arbeiten angenommene Person" angesehen werden kann. — Zweifelhaft kann nur erscheinen, ob der Markscheider zu den „Bevollmächtigten" im Sinne des § 2 zu rechnen ist. Nun kann man zugeben,

daß es nicht klar ist, was das Gesetz unter „Bevollmächtigten" verstanden hat. Es leuchtet aber ein, daß hiermit nicht jede Person, welche einen Auftrag zur Ausführung einer Arbeit bei dem Betriebe erhalten hat, verstanden werden kann, denn der Unternehmer würde sonst auch für das Verschulden eines jeden gewöhnlichen Arbeiters bei Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen haften, was unzweifelhaft nicht die Absicht des Gesetzes ist. Andrerseits kann man anführen, daß bei dem Ausdruck „Bevollmächtigter" an die Ertheilung einer Vollmacht im eigentlichen Sinne, an die Ermächtigung zur Abschließung von Rechtsgeschäften nicht gedacht sein könne, da unter dem „Betriebe" im § 2 nur das Technische der Fabrikation oder Production zu verstehen sei und der Ausdruck die durch den Gewerbebetrieb hervorgerufenen Rechtsgeschäfte nicht umfasse. Jedenfalls setzt aber der Ausdruck „Bevollmächtigter" voraus, daß die betreffende Person in einem gewissen Vertretungsverhältniß, wenn auch nur bei den technischen Geschäften des Gewerbebetriebs, zu dem Unternehmer stehe. Von einem solchen Verhältniß zu der Beklagten kann bei dem erwähnten Markscheider, welcher selbständig und unter eigener Verantwortlichkeit die ihm übertragenen Arbeiten auszuführen hatte (vgl. § 7 des preuß. Reglements v. 21. Decbr. 1871), jedenfalls nicht die Rede sein."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 9. Octbr. 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Sprawe w. Gewerkschaft „Schürbank" (Charlottenburg). Wck.

---

42. Reichshaftpflichtgesetz § 3. Anrechnung von Unterstützungen, die nach dem Unfall gezahlt sind, auf die Entschädigung.

„Wenn der Appell.-Richter annimmt, daß die der Klägerin und ihren Kindern nach dem Tode ihres Ehemanns und Vaters von der Beklagten gewährten Unterstützungen auf die ihnen nach dem Haftpflichtgesetz gebührende Entschädigung anzurechnen seien, so geht derselbe augenscheinlich davon aus, daß diese Unterstützungen mit Rücksicht auf den Unfall, von dem der Versorger der Kläger im Dienste der Verklagten betroffen worden ist, in Erfüllung einer gewissen moralischen Verpflichtung, für die Familie des in ihrem Dienste verunglückten Arbeiters zu sorgen, geleistet worden sind. In einem solchen Fall ist die Annahme gerechtfertigt, daß die Unterstützungen unter dem Vorbehalt der eventuellen Anrechnung auf den etwa zu leistenden Schadensersatz, als eventuelle Abschlagszahlungen hierauf gewährt sind."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 23. Juni 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Kuhlmann w. Gewerkschaft „Fürst Hardenberg". Wck.

---

43. Reichshaftpflichtgesetz § 4. Die Mitleistung des Betriebsunternehmers an die Kasse muß eine dauernde gewesen sein.

Vgl. Bd. 30 Nr. 32 Ziff. 2; Bd. 34 Nr. 44.

„Die Nichtigkeitsbeschwerde vermißt in der thatsächlichen Feststellung des Appell.-Richters die Erwähnung des Umstandes, daß die Mitleistung der Beklagten an die Knappschaftskasse eine dauernde gewesen sei, allein mit Unrecht. Es ist allerdings richtig, daß der § 4 des Gesetzes vom 7. Juni 1871 nicht Anwendung findet, wenn der Betriebsunternehmer nur vorübergehend oder in einzelnen Fällen einen entsprechenden Beitrag an die Unterstützungskasse geleistet hat. Augenscheinlich hat der Appell.-Richter hier aber angenommen, daß die Beiträge der Beklagten an die Knappschaftskasse dauernde gewesen sind."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 23. Juni 1880 i. S. Kuhlmann w. Gewerkschaft „Fürst Hardenberg". Wck.

---

44. Sistirung der aus dem Reichshaftpflichtgesetz zuerkannten Rente im Fall einer Haftstrafe des Verletzten.

Es ist nicht zweifelhaft, daß sowohl eine freiwillige als auch eine rechtmäßig erzwungene, mit der Körperverletzung selbst außer allem Zusammenhang stehende Erwerbsunthätigkeit des Verletzten für die Dauer des Zustandes die Zuerkennung einer Rente hindert; deshalb muß eine solche Unthätigkeit auch die Aufhebung des Rentenbezuges herbeiführen, wenn sie nach dem den haftpflichtigen Betriebsunternehmer verurtheilenden Erkenntniß eintritt.

Mit Recht hat darnach die vorige Instanz angenommen, daß die Widerklägerin für die Zeit, während welcher der Widerbeklagte die gegen ihn ausgesprochene zweijährige Zuchthausstrafe verbüße, zur Zahlung der festgesetzten Rente nicht verpflichtet sei.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 23. Decbr. 1879. Annalen des RG. Bd. 1 S. 537.

---

45. Deckung von Kassendefecten durch einen Dritten in der Voraussetzung, daß dadurch die Verfolgung gegen die Schuldigen ausgeschlossen werde; condictio causa data causa non secuta, wenn die Voraussetzung nicht eintritt. Ist die Voraussetzung eine unsittliche?

„1. Der Kläger hat im März v. J. 7730 *M*, welche die Bahnexpedienten G. und Gustav L. — Letzterer ein Sohn des Klägers — der Verklagten aus Unterschlagungen schuldig geworden waren, durch Vermittlung des Güterinspectors P. unter der, wie er behauptet, gegen

P. kundgegebenen und, wie Verklagte einräumt, nicht in Erfüllung gegangenen Voraussetzung, durch die Zahlung eine Criminal- und Disciplinaruntersuchung von den Schuldigen abgewandt zu sehen, freiwillig in die Kasse der Verklagten eingezahlt.

2. Die freiwillige Einzahlung setzte, sofern sie nach des Klägers Behauptung außer der Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit noch einen weiteren Erfolg zu erreichen bezweckte, darin durch nichts behindert sich selbst eine Schranke und wurde nun vermöge dieser Schranke zwar gleichzeitig solvendi causa und ob rem geleistet, enthielt jedoch dieserhalb ebensowenig als eine aus donatio und ob rem datio gemischte Zuwendung

fr. 18 pr. § 1 de donat. 39. 5

etwas in sich Widersprechendes, war vielmehr gleich dem letzterwähnten Geschäft

fr. 1 § 1, fr. 2 § 7 de donat. 39. 5; const. 8 de cond. ob caus. dat. 4. 6; const. 3 pr. de donat. quae s. m. 8. 55

beim Ausfall des ins Auge gefaßten Enderfolgs füglich die condictio causa data causa non secuta zu begründen geeignet:

fr. 11 de appellat. 49. 1, fr. 55 de solut. 46. 3.

3. Diese Klage steht activ dem Kläger und passiv wider die Verklagte zu. Jenes, weil der Kläger, selbst wenn er sich von G. eventuell Vergütung ausbedungen haben sollte, nicht etwa im Namen der Schuldner aus deren Vermögen, sondern aus eigenem Vermögen im eigenen Namen Zahlung geleistet und dieser Zahlung die oberwähnte Einschränkung gegeben haben will — legem dixit:

fr. 6, fr. 9 pr. de condict. c. d. c. n. s. 12. 4; const. 3 de donat. quae s. m. 8. 55.

Dieses, weil P., wenn auch nicht als bevollmächtigter, so doch als geschäftsführender Vertreter der Verklagten, in deren Namen die vom Kläger mit der erwähnten Beschränkung angebotene Zahlung, nicht ohne sich der Beschränkung zu unterwerfen, empfangen haben soll, und die Verklagte in diesem Fall ihrerseits den Empfang entweder mit oder ohne Kenntniß der Beschränkung, mithin entweder vermöge einer stillschweigenden, die Beschränkung umfassenden Genehmigung,

const. 10 in VI^to^ de reg. iur. 5. 13; fr. 24 de neg. gest. 3. 5; fr. 22 pr. rat rem hab. 46. 8; fr. 49 pr. de solut. 46. 3; fr. 6 § 1, 2 de cond. indeb. 12. 6.

oder vermöge eines den Erwerbsgrund betreffenden Irrthums

fr. 18 pr. § 1 de R. C. 12. 1; vgl. fr. 36 de A. R. D. 41. 1

durch Vereinnahmung sich angeeignet haben muß, in der That also jedenfalls bei dem Ausfall der angeblichen Voraussetzung das Vermögen der Verklagten auf Unkosten des Klägers außerhalb der der freiwilligen Zahlung gesetzten Grenzen, mithin ohne Grund, unmittelbar bereichert erscheint.

4. Die der Erfüllung der fremden Verbindlichkeit gegebene Beschränkung bezweckt keineswegs, wie in fr. 4 § 1 ob turp. c. 12. 5, den Schuldigen die Vortheile ihrer Vergehungen zu sichern, sondern macht nur den Bestand des vom Vater für den Sohn und dessen untrennbar verbundenen Theilnehmer freiwillig übernommenen Opfers von der gleichzeitig erstrebten Vermeidung einer straf- und disciplinarrechtlichen Verfolgung abhängig:

fr. 3 pr. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4,

darf daher nicht als eine wegen Strafbarkeit (RStrGB. § 257 Abs. 2) oder Unsittlichkeit die Rückforderung des Gegebenen ausschließende, sondern höchstens als eine von Anfang an unmögliche, der Rückforderung nicht hinderliche Bestimmung angesehen werden:

fr. 5 de cond. sine causa 12. 7; const. 5, 6 de cond. ob c. d. 4. 6.

Hiernach hat der Kläger, um mit der Klage durchzudringen, nur die von der Verklagten geleugnete Behauptung, die an P. geleistete Zahlung unter die erwähnte Voraussetzung gestellt zu haben, . . . zu beweisen."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 26. April 1880 i. S. L. w. die Braunschw. Eisenbahngesellschaft wegen Rückzahlung. D.

---

46. Ueber die Ehescheidung wegen Verbrechens und dafür erkannter Freiheitsstrafe nach protestantischem Eherecht.* — Gerichtsgebrauch.**

*Vgl. Bd. 13 Nr. 37 mit Nachw. — **Vgl. oben Nr. 37 u. d. dort. Nachw. unter **.

Als eine wirkliche particuläre Rechtsbildung können die seither im Umfange des ehemaligen Kurstaates (Hessen) in Betreff des Ehescheidungsrechts der Protestanten beobachteten Normen nicht angesehen werden. Die Praxis dieses Rechtsgebietes hat ihre positive Grundlage in den Worten der heiligen Schrift und in dem durch den Protestantismus aufgestellten Grundsatz der freien, die Erstreckung auf analoge Fälle zulassenden, Auslegung der Schrift gefunden und ist sich dieser ihrer Grundlage auch fortwährend bewußt geblieben. Ein besonderes (kurhessisches) Ehescheidungsrecht auszubilden haben die ehemaligen hessischen Consistorien und Gerichte niemals beabsichtigt; sie waren stets bestrebt, mit Wahrung des Princips des protestantischen Eherechts, insbesondere unter Aufrechterhaltung der religiösen Bedeutung und des sittlichen Ernstes der Ehe, den Anforderungen der Zeit und des Lebens gerecht zu werden. In verschiedenen streitigen Fragen hat, namentlich in der Mitte des vorigen Jahrhunderts, der Gerichtsgebrauch gewechselt, frühere Ansichten aufgegeben und an deren Stelle oft entgegenstehende angewendet.

Vgl. Strippelmann Ehescheidungsrecht ꝛc. S. 115, 341 ff.

Allerdings hat die Praxis wegen Verbrechen des einen Ehegatten immer nur dann auf Trennung der Ehe dem Bande nach erkannt, wenn

der Schuldige eine lebenslängliche Freiheitsstrafe erlitt. Allein diesem Gerichtsbrauch ist keine die künftige Rechtsprechung bindende, rechtserzeugende Wirkung beizulegen.

Eine solche Bedeutung hat man auch in anderen gemeinrechtlichen Gebieten Deutschlands unter ähnlichen Umständen der Praxis der geistlichen und weltlichen Gerichte nicht beigemessen. Betrachtet man den Entwicklungsgang des protestantischen Ehescheidungsrechts in einzelnen dieser Territorien, so ergiebt sich, daß der Gerichtsgebrauch zwar früherhin durchgängig der strengeren Ansicht huldigte, solche aber seit Beginn dieses Jahrhunderts fast überall verlassen hat.

In Hannover galt bis zum Jahre 1828 nur eine lebenslängliche Freiheitsstrafe des einen Ehegatten, die man einer böslichen Verlassung gleichachtete, als zureichender Grund zur Ehetrennung; von da ab gestattete man aber die Scheidung in Uebereinstimmung mit den Ansichten der Rechtslehrer, der Richtung der Praxis im übrigen Deutschland und der Gesetzgebung der größeren Staaten Jahrzehnte hindurch auch bei nur temporärer Freiheitsstrafe.

Spangenberg in der Fortsetzung von Bülow und Hagemann Erörterungen Bd. 1 S. 376; Bartels Ehe und Verlöbniß ꝛc. S. 347.

In Braunschweig erkannten die dortigen Gerichte noch im ersten Viertel dieses Jahrhunderts nur lebenslängliche Freiheitsstrafe als Ehescheidungsursache an; seit 1823 aber fand die Unterscheidung, ob die erkannte Freiheitsstrafe eine entehrende sei oder nicht, die Billigung des obersten Gerichtshofs.

Dedekind protestantisches Eherecht nach braunschweiger Präjudicien S. 71 ff.

Im Großherzogthum Hessen, dessen protestantisches Kirchenrecht zum Theil auf der nämlichen particulären Grundlage beruht wie das im ehemaligen Kurstaat geltende, haben die Gerichte seit 1824 wegen Zuchthausstrafe von sieben, fünf und drei Jahren, welche der schuldige Ehegatte verbüßte, unter Berufung auf gemeines protestantisches Eherecht die Scheidung ausgesprochen.

Archiv f. pract. Rechtswissenschaft N. F. Bd. 7 S. 419, Bd. 8 S. 309.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Praxis im Königreich Sachsen. Bereits vor der gesetzlichen Regelung der Frage durch das mit dem 1. März 1865 eingeführte bürgerliche Gesetzbuch erweiterten die Gerichte, nachdem sie seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts den Fall der lebenslänglichen Freiheitsstrafe ausnahmsweise als zureichenden Ehescheidungsgrund angesehen, allmählich diese Ausnahme, dehnten sie nicht bloß auf Freiheitsstrafen überhaupt aus, sondern setzten endlich an deren Stelle eine Regel von anderem Inhalt, den Grundsatz nämlich, daß Freiheitsstrafen von mindestens vierjähriger Dauer dem unschuldigen Ehegatten ohne Weiteres

die Befugniß gewährten, auf Scheidung zu dringen, Freiheitsstrafen von kürzerer Dauer nur dann, wenn ihm nach den Umständen des Falls die Fortsetzung der Ehe vernünftiger- und billigerweise nicht wohl zugemuthet werden könne.

Kritz Rechtsfälle Bd. 5 S. 327 ff.; Dresdener Annalen Bd. 1 S. 78 u. 253.

Nach dem Geist des protestantischen Eherechts ist es nicht gerechtfertigt, die von dem unschuldigen Ehegatten beantragte Scheidung der Ehe vom Bande auf den Fall zu beschränken, daß der schuldige Gatte eine lebenslängliche Freiheitsstrafe erleidet; unter der Herrschaft des gemeinen Rechts wird vielmehr die Scheidung auch bei einer nur zeitigen Freiheitsstrafe und zwar alsdann auszusprechen sein, wenn durch das Verschulden des Sträflings die Ehe thatsächlich getrennt, die Möglichkeit einer gedeihlichen Fortsetzung der ihrem Wesen nach die innigste Lebensgemeinschaft bedingenden Ehe einseitig zerstört worden ist. Ob diese Voraussetzung in einem bestimmten Falle vorhanden, ob insbesondere anzunehmen sei, daß ein Zwang zum ferneren ehelichen Zusammenleben für den unschuldigen Ehegatten als eine unbillige Härte erscheinen würde, darüber hat das richterliche Ermessen zu befinden, dessen Statthaftigkeit hier ebensowenig zu beanstanden ist, wie dies bei der Beurtheilung anderer gemeinrechtlich und particularrechtlich anerkannten Ehescheidungsgründe, wie z. B. der schweren Mißhandlungen eines Ehegatten und der gegenseitigen unüberwindlichen Abneigung, geschieht. Maßgebend für die Entscheidung sind dabei hauptsächlich die Schwere des Verbrechens oder Vergehens an sich, die Höhe der erkannten Strafe, die damit gesetzlich verbundenen oder im Strafurtheil ausgesprochenen Ehrenfolgen, die Bildungsstufe und die Standesverhältnisse der Ehegatten, sowie deren Vorleben.

In der vorliegenden Sache treffen alle Voraussetzungen für eine Trennung der Ehe vom Bande zusammen.

Der Beklagte hat kurz nach einander dreizehn Wechsel im Gesammtwerth von über 47000 ℳ gefälscht und in einem Zeitraume von 8 Jahren nach Abschluß der Ehe durch unsinnige Börsenspeculation nicht nur sein eigenes Vermögen verloren, sondern auch das zugebrachte, nicht unerhebliche Vermögen seiner Ehefrau auf das Spiel gesetzt. Es kann von der Klägerin, bei ihrer Herkunft aus angesehener und ehrenhafter Familie, nicht verlangt werden, daß sie die Ehe mit einem Manne weiter fortsetze, der mit dem Makel eines entehrenden Verbrechens behaftet, zu einer schweren Zuchthausstrafe (von 4½ Jahren verbunden mit 3jährigem Verlust der Ehrenrechte) verurtheilt worden ist und zugleich durch seinen Bankerott seine geschäftliche Existenz vernichtet hat. Unter solchen Umständen ist auch die Behauptung der Klägerin, daß sie gegen ihren Ehemann, der das in ihn gesetzte Vertrauen so schwer getäuscht, seit dessen Verurtheilung eine unüberwindliche Abneigung hege, für durchaus glaubwürdig zu erachten und

deshalb von dem Versuch, die Wiedervereinigung der Ehegatten durch persönliche Gegenüberstellung vor Gericht herbeizuführen, Abstand zu nehmen.

Hiernach mußte unter Aufhebung des angef. Erk. nach dem Klagantrage erkannt werden.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 2. März 1880 in einer preuß. (hessischen) Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 324.

---

47. Vermögensstrafen wegen verschuldeter Ehescheidung, insbesondere in bäuerlichen (Meier-) Verhältnissen.

Vgl. Bd. 4 Nr. 243.

Mit Recht ist vom vorigen Richter angenommen worden, daß der Bauernhof, in welchen der (verklagte) Ehemann der als schuldige Ehefrau geschiedenen Anerbin eingeheirathet ist, nicht wie eine gemeinrechtliche dos jenem Ehemann anheimfallen könne, da solcher Hof der letzteren nicht gleichzustellen ist. Von dem Hofe läßt sich nicht sagen, daß er wie eine dos dem Ehemann als Beihülfe zur Bestreitung der ehelichen Lasten zugebracht werde, wenn dem Hofe von der Anerbin durch Verheirathung ein Hofeswirth zugeführt wird. Auch die Rechte beider Ehegatten am Bauernhofe sind in solchem Fall wesentlich verschieden von einer gemeinrechtlichen dos. Während einerseits die Frau als Anerbin des Hofes auch nach der Aufheirathung ihres Ehemanns Eigenthümerin des Hofes bleibt, sind andrerseits die Dispositionsrechte des Ehemanns an jenem Hofe weitergehend als seine Rechte an einem Dotalfundus. . . .

Wenn aber ferner als von selbst eintretende Folge der Auflösung des Ehebandes angenommen worden ist, daß auch das dem Beklagten als aufgeheirathetem Wirth zustehende lebenslängliche Recht der Bewirthschaftung des Hofes hinweggefallen sei, so ist dem nicht beizutreten. Die vermögensrechtliche Wirkung der Auflösung einer Ehe, wenn auch dieselbe durch Scheidung erfolgt, kann nicht zurückgeführt werden auf den vor Eingehung der Ehe bestehenden Rechtszustand. Vielmehr können in Folge der Auflösung der Ehe nur diejenigen Vermögensrechte hinwegfallen, welche auch nachher noch aus dem Bestande der Ehe ihren Rechtsgrund ableiten müßten. Zu solchen Rechten aber gehört nicht das durch die Uebertragung der Hofswirthschaft erworbene, von dem Fortbestande der Ehe unabhängige, lebenslängliche dingliche Recht des aufgeheiratheten Ehemanns auf eigene Bewirthschaftung und Nutzung des Hofes, welches unbeschadet des Eigenthumsrechts der geschiedenen Ehefrau am Hofe auszuüben ist. Der Beschwerde des Beklagten ist daher insoweit stattzugeben, daß ihm mit Rücksicht auf jenes sein Bewirthschaftungsrecht die verlangte Herausgabe des Hofes nicht aufzuerlegen war. . . .

. . . Was die Adhäsionsbeschwerden der Klägerin betrifft, so ist die erste derselben . . . unbegründet, weil die Anwendbarkeit der gemeinrechtlichen Strafen des Ehebruchs an und für sich auch auf bäuerliche Ehen nicht zu bezweifeln, auch nicht durch entgegenstehende Praxis ausgeschlossen ist. . . .

. . . Da aber das Nutzungsrecht des aufgeheiratheten Wirths am Hofe durch die Verpflichtung beschränkt ist, seine Ehefrau davon mitzuunterhalten, und da dasselbe auch nur mit dieser Beschränkung nach Scheidung der Ehe ihm zustehen kann, so ist der Anspruch der Klägerin begründet, daß Beklagter auch fernerhin den erforderlichen Unterhalt aus den Aufkünften des Hofes ihr gewähre. Wenn es indeß als eine nothwendige Folge der ausgesprochenen Ehescheidung angesehen werden muß, daß der Beklagte der Klägerin den gemeinschaftlichen Aufenthalt auf dem Hofe verweigern darf, so kann die Klägerin nicht Einräumung des Mitbesitzes am Hofe verlangen. Vielmehr ist ihr Anspruch darauf zu beschränken, daß der Beklagte ihr von den Aufkünften des Hofes einen ihren Verhältnissen als Meierfrau entsprechenden Theil zur Bestreitung ihres Unterhalts gewähre. . . .

Urtheil des AG. zu Celle (2. Sen.) v. 8. Mai 1876 i. S. des Hauswirths Meine in Braäsche, Bekl., w. seine geschiedene Ehefrau Marie geb. Ehlers das., Kl., wegen Herausgabe eines Hofes, event. Aufnahme in den Hof. W.

---

48. Vererblichkeit des Rechts, von den Eltern die Bestellung eines Heirathsguts zu verlangen.

Vgl. Bd. 1 Nr. 80; Bd. 2 Nr. 61; Bd. 4 Nr. 127; Bd. 12 Nr. 275; Bd. 13 Nr. 317; Bd. 25 Nr. 249; Bd. 34 Nr. 49 mit Nachw., Nr. 310. (Auch Bd. 35 Nr. 219 mit Nachw.)

Der Grundsatz des röm. Rechts, wonach der Anspruch auf Bestellung einer dos als ein höchst persönliches, mit Auflösung der Ehe ihrem Zweck nach erloschenes Recht nicht vererbt wird, ist auf das deutschrechtliche Familiengüterrecht, insbesondere bei allgemeiner oder particulärer ehelicher Gütergemeinschaft, nicht ohne Weiteres übertragbar. Im Unterschied zu dem Zweck der dos, welcher zunächst auf die Versorgung der Frau und nur mittelbar auf die Unterstützung des Ehemanns in der Tragung der grundsätzlich ihm allein obliegenden Lasten der Ehe gerichtet ist, und im Unterschied zu der damit zusammenhängenden Anschauung, daß mit Auflösung der Ehe der Rechtsgrund der Dotalbestellung sich endigt und die bestellte dos mit diesem Zeitpunct an die Frau, bzw. den Besteller, von dem Ehemann zu restituiren ist, hat die Ausstattung der Kinder in den deutschrechtlichen Güterssystemen und insbesondere auch in dem System der Errungenschaftsgemeinschaft des württemb. Landrechts wesentlich die Be-

deutung einer Fundation des durch die Ehe begründeten Hausstands. Gleichwie hier der Anspruch auf Ausstattung durch die Eltern beiden Ehegatten zukommt und die Lasten der Ehe auf dem beiderseitigen Vermögen und zwar nicht bloß auf dem Ertrage, sondern aushülfsweise auch dem Grundstock der beigebrachten Ausstattungen ruhen, so ist in diesem System auch für eine Restitution des Heirathsguts auf den Todesfall des einen Gatten kein Raum. Vermittelt durch das Erbrecht und bzw. die statutarische Nutznießung des überlebenden Ehegatten hat auch im Fall der Lösung der Ehe durch den Tod des ausgesteuerten Gatten das Heirathsgut dazu zu dienen, die Existenz der von dem Verstorbenen begründeten Familie zu sichern, sie vor Mangel zu schützen und eine Beihülfe für die Erhaltung und Erziehung der gemeinsamen Kinder zu bleiben. Es ist in diesem System eine wesentliche Bestimmung des Einbringens der Gatten, eine reale Unterlage nicht nur für den gemeinsamen Hausstand während der Dauer der Ehe, sondern auch für die Fortführung und Sicherung der Aufgaben und Zwecke des durch die Ehe begründeten Hausstands nach dem Vorabsterben des einen Gatten zu bilden. Aus dieser Rücksicht, und da die mit dem deutschrechtlichen Familiengütersystem zusammenhängenden Rechtsinstitute nicht nach dem röm. Recht, sondern aus dem Geist und Zusammenhang ihrer selbst zu entwickeln sind (vgl. Wächter württ. Privatrecht Bd. I S. 241, 253, 1104), erscheint es gerechtfertigt, das gesetzliche Recht auf Ausstattung durch die Eltern, wenn ein Ehegatte, bevor solches zur Erfüllung gekommen, mit Tod abgeht, als ein wenigstens in der Familie des Verstorbenen d. h. auf dessen aus der Ehe entsprungene Kinder und den Ehegatten fortvererbliches Recht zu behandeln.

Erk. des OLG. zu Stuttgart (1. Sen.) v. 19. März 1880 i. S. Kohler w. Kohler. P.

---

49. Erbeseinsetzung ex certa re oder nach Quoten mit nachfolgender Vertheilung des Activvermögens?

Vgl. Bd. 3 Nr. 347; Bd. 7 Nr. 335; Bd. 9 Nr. 51; Bd. 11 Nr. 56.

Der Beklagte hielt sich nicht zur Zahlung des eingeklagten Legats verpflichtet, weil er nur heres ex certa re sei, und adcitirte ev. behufs Ergreßnahme die mit ihm eingesetzte Ehefrau L., seine Schwester. In 1. und 2. Instanz wurde der Beklagte unter Verwerfung seiner Adcitation der Klagantrage gemäß verurtheilt. In den Gründen des 2. Erkenntnisses heißt es:

„Der Anbauer St. hat in seinem Testament vom 21. Mai 1873 seine beiden Kinder, den Beklagten und die Adcitatin, schlechthin zu Erben eingesetzt. In den dort gebrauchten Worten ist eine rechtsbeständige Erbeseinsetzung unzweideutig enthalten:

vgl. const. 15 de testam. 6. 23;

es ist die successio in omne ius defuncti, die sog. Repräsentation des Erblassers in vermögensrechtlicher Beziehung, durch förmliche, Activa und Passiva gleichmäßig umfassende Erbeseinsetzungen, und zwar in Ermangelung sonstiger Theilbestimmung für einen Jeden auf die Hälfte

§ 6 Inst. de hered. instit. 2. 14; fr. 9 § 12 eod. 28. 5

erfolgt, und wird in den ferneren testamentarischen Bestimmungen die Institution der Erben nicht etwa widerrufen und modificirt, sondern hinsichtlich der Passiva die durch die Erbeinsetzung ohne Weiteres bewirkte Halbirung aufrecht erhalten und nur hinsichtlich der Activa die in eine Reihe von Prälegaten sich auflösende weitere Vertheilung — divisio bonorum — angeordnet. In dieser Hinsicht wird zunächst bemerkt, daß der Beklagte mit dem schon früher an ihn abgetretenen Viertelspännerhofe Nr. 88 zu B. von dem Vermögen des Erblassers vollständig abgefunden sei. Dann wird demselben der lebenslängliche Nießbrauch des Anbauerwesens Nr. 73 zu B. überwiesen. Die Ehefrau L. soll sich mit ihrer Tochter Mathilde in das vorhandene baare Geld und die Ausstände gleichmäßig theilen, und sollen diejenigen Gegenstände, über welche keine Verfügung getroffen, unter dem Beklagten und der Ehefrau L. gleichmäßig vertheilt werden. An Legaten sind u. A. den beiden Töchtern des Klägers einer jeden 100 Rth. ausgesetzt. In dem Nachtrage zum Testament vom 4. Juni 1873 sind diese Bestimmungen insofern geändert, als dasjenige, worüber nicht besonders verfügt worden, der L.'schen Ehefrau zufallen soll. In dieser Beziehung ist in dem ferneren Nachtrage vom 26. Januar 1876 wiederum eine Aenderung dahin getroffen, daß die der Ehefrau L. verschriebenen Mobilien — verb. dasjenige, worüber nicht besonders verfügt ist — nicht diese, sondern der Beklagte erben soll; nachdem sodann bestimmt ist, daß die Großtochter des Erblassers, Mathilde L., außer den ihr verschriebenen Mobilien aus dem Baarnachlasse nur 1500 M. und deren Schwestern, Anna und Emma L., eine jede von dem baaren Nachlasse ebenfalls die Summe von 1500 M. erhalten sollten, das den beiden Töchtern des Klägers bereits ausgesetzte Legat zu je 300 M. wiederholt ist, hat der Erblasser verfügt, daß dasjenige, was er sonst an baarem Gelde hinterlasse, ausschließlich der Ehefrau L. zufallen, der Beklagte aber dasjenige, was er von dem Testator erhalten oder demselben sonst schuldig geworden, in die Erbmasse einzuwerfen nicht gehalten sein solle.

Aus der solchergestalt hinter der in Activa und Passiva ohne Bestimmung der Quoten erfolgten Erbeinsetzung angeordneten Vermögenstheilung ist eine heredis institutio ex re certa nicht zu entnehmen; weder der Beklagte noch die Ehefrau L. sind auf einzelne Stücke, sondern sie sind auf Rechnungstheile der Erbschaft eingesetzt, nicht stück-

weise, wie Singularsuccessoren, sondern überhaupt an die Stelle des Erblassers zur Universalsuccession berufen. Die in der Erbeinsetzung enthaltene Verfügung über den ganzen Nachlaß beweist, daß der Erblasser sein Vermögen im Ganzen mit der von ihm nur hinsichtlich der Activa besonders vorgeschriebenen und eben deshalb nur zu Prälegaten führenden Theilung auf die schlechthin eingesetzten Erben habe übergehen lassen wollen:

Brinz Pand. § 181 S. 768; v. Vangerow Pand. Bd. 2 S. 155 ff.; Windscheid Pand. Bd. 3 § 553.

Es liegt hier also keineswegs der in const. 13 de hered. instit. 6. 2 vorgesehene Fall vor, wenn neben einem oder mehreren gehörig eingesetzten Erben Einer oder Einige auf res certae instituirt sind — alii vero certa parte vel sine parte scripti sunt heredes —, sondern Beklagte und die Adcitatin sind beide als die gehörig eingesetzten Erben zu betrachten und zu behandeln:

vgl. Neuner hered. instit. ex re certa § 26 S. 473, § 30 S. 527 ff.; braunschw. Ztschr. f. Rechtspflege Bd. 23 S. 83 f., S. 90,

haben also beide zu gleichen Theilen wie die Erbschaftsschulden:

fr. 35 pr. § 1, 2 de hered. instit. 28. 5,

so auch das den Töchtern des Klägers ausgesetzte Legat zu tragen:

fr. 33 pr. de legat. II. 31; fr. 86 § 3 de legat. I. 30; fr. 98 de legat. III. 32."

(Es wird dann ausgeführt, daß an diesem Verhältniß durch die späteren Nachträge nichts geändert, insbesondere auch aus denselben nicht ersichtlich sei, daß der Ehefrau L. die Zahlung der in Frage stehenden Legate allein schließlich habe auferlegt werden sollen.)

Die von dem Beklagten gegen diese Entscheidung verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde unter Billigung der zweitinstanzlichen Gründe verworfen und in den Entscheidungsgründen u. A. noch bemerkt:

„Wollte man sich aber auch dafür entscheiden, daß der Beklagte heres ex re certa aufzufassen sei, so würde auch dessen Schwester, Adcitatin, als heres ex re certa betrachtet werden müssen, obgleich nach dem Nachtrage vom 4. Juni 1873 Alles, worüber nicht verfügt erhalten soll. Dies ergiebt sich, da nur der Beklagte und dessen Schwester zu Erben instituirt sind, aus

fr. 17 de testam. milit. 29. 1; vgl. Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 56; Neuner hered. instit. ex re certa S. 534 ff.

Hiernach würden, falls vom Testator nicht anders bestimmt worden, beide Erben zu gleichen Theilen an Zahlung der Legate und Schulden participiren:

fr. 9 § 13, fr. 10, 11 u. 78 de hered. instit. 28. 5.

Nun ist aber im Testament vom 21. Mai 1873 ausdrücklich bestimmt, daß die Erben — also der Beklagte und die Abcitatin — das hier in Frage stehende Legat zahlen sollen. Diese Bestimmung ist in den Nachträgen nirgends ausdrücklich aufgehoben.". . . (Es wird noch ausgeführt, daß dies auch nicht implicite geschehen sei.)

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel v. 24. Juni 1879 i. S. Gödecke w. Steinmann. D.

---

50. Protest des Testamentserben gegen die von Amts wegen verfügte Bekanntmachung eines wechselseitigen Testaments an die eventuellen Erben und Vermächtnißnehmer.

„Es unterliegt an sich keinem Zweifel, daß gemeinrechtlich . . . das Testament nach dem Tode des Testators zu eröffnen und den im Testamente bedachten Interessenten bekannt zu geben sei (fr. 1 pr. test. quemadm. aper. 29. 3; fr. 3 § 10 de tab. exhib. 43. 5). Der Grund dieser Anordnung liegt darin, daß der letzte Wille vollzogen und befolgt werden muß, was nothwendig die Kenntniß seines Inhalts voraussetzt. Auch geschieht dieses Vorgehen nicht lediglich im Interesse der Betheiligten, sondern zugleich im Interesse der öffentlichen Rechtsordnung, welche verlangt, daß das Successionsverhältniß mit den daran sich knüpfenden Verpflichtungen des Successors nach Maßgabe der letzten Willensordnung geregelt werde (fr. 5 test. quemadm. aper.).

Den Anforderungen des öffentlichen Interesse ist in vorliegender Nachlaßsache vollständig genügt. Das wechselseitige Testament der T.'schen Eheleute wurde nach Ableben der Ehefrau von dem überlebenden Ehemann eröffnet und die Erbfolge entsprechend dem Inhalt der testamentarischen Verfügung geordnet. Die allein noch zu entscheidende Frage, ob das bereits eröffnete und vollzogene Testament jetzt schon auch denjenigen Interessenten bekannt zu geben sei, welche erst auf den Todesfall des überlebenden Ehetheils als Erben oder Vermächtnißnehmer bedacht sind, hängt mit der Wahrung des öffentlichen Interesse nicht zusammen, sondern bemißt sich darnach, ob diesen Personen ein nachweisbares Interesse an der Bekanntgabe des Testaments zur Seite stehe. Bei Erwägung dieses Interesse hat es aber nicht bloß darauf anzukommen, daß im Testament gewisse Personen als eventuell Berechtigte genannt sind, sondern es muß auch der Umfang der Befugnisse, welche dem überlebenden Mittestator an dem geerbten Vermögen letztwillig eingeräumt sind, mit in Anschlag gebracht werden.

Vor dem Tode des überlebenden Mittestators haben die eventuell Bedachten noch keinen Anspruch auf Testamentsvollzug und daher insoweit auch keinen Anspruch auf Testamentseröffnung. Ihr Recht, den Inhalt der letztwilligen Verfügung zu kennen, entspringt lediglich aus dem Recht, die zur Wahrung

und Sicherung ihrer künftigen Ansprüche dienlichen Maßregeln noch bei Lebzeiten des zum Erben eingesetzten Mittestators vorzukehren. In dem Maße aber, in welchem der primär eingetretene Erbe nach der testamentarischen Bestimmung frei und ungehindert über das ererbte Vermögen zu disponiren befugt ist, wird auch das Recht der nachbedachten Personen auf Wahrung und Sicherung ihrer künftigen Ansprüche und damit ihr rechtliches Interesse an der Bekanntgabe des Testaments zurückgedrängt.

Deshalb konnte die Protestation des als Testamentserbe in den Nachlaß seiner Frau eingetretenen Ehemanns gegen die von Amts wegen angeordnete Bekanntmachung des wechselseitigen Testaments an die eventuellen Erben und Vermächtnißnehmer nicht mit einfacher Bezugnahme auf die Rechtsregel, daß das Testament allen darin genannten Personen zu eröffnen sei, zurückgewiesen werden. Vielmehr hängt die Zulässigkeit dieses Vorgehens zugleich von der Erwägung ab, ob und wie weit das Dispositionsrecht, welches dem Ehemann als nunmehrigem Erben über den Nachlaß seiner Frau testamentarisch zugestanden ist und worauf derselbe protestationsweise seinen Anspruch auf Geheimhaltung des Testamentes stützt, nicht von solchen Wirkungen begleitet sei, daß hierdurch das Interesse der eventuell Betheiligten aufgewogen wird.

Nun ist im wechselseitigen Testament der T.'schen Eheleute, abgesehen von der darin enthaltenen Bestimmung, daß der überlebende Theil die seinen Verwandten ausgesetzten Vermächtnisse nach Gutdünken widerrufen kann, zu dessen Gunsten noch der weitere Vorbehalt getroffen, daß er von dem vorhandenen Vermögen so viel er will zu verbrauchen befugt sein soll. Gegenüber dieser Befugniß läßt sich aber vorläufig kein Grund ermitteln, welcher die eventuellen Erben und Vermächtnißnehmer zu dem Recht verhelfen könnte, wegen Wahrung und Sicherung ihrer künftigen Ansprüche in das unbeschränkte Verfügungsrecht des primär eingesetzten Erben hemmend einzugreifen und behufs Verfolgung solcher Ansprüche jetzt schon die Testamentsbekanntgabe zu verlangen." . . .

Erk. des obersten Gerichthofes f. Bayern v. 14. Decbr. 1872. Sammlung (f. Civilr. u. Civilpr.) Bd. 2 S. 507 ff. X.

---

51. Die Manifestationspflicht im Verhältniß zur Collationspflicht; sog. Collationseid[1]).

Vgl. Bd. 31 Nr. 153 mit Nachw.; Bd. 33 Nr. 142.

„Schon die älteren Rechtslehrer:

vgl. Hellfeld iurispr. for. Ed. III § 1611 p. 620 s; Mevius Decis. P. I Dec. 55. P. IV Dec. 232; Müller Promt. iur. nov. Vol. I Collatio No. 129 p. 684; Promt. iur. Bertoch. ed. Hommel T. I p. 293 sub 34, 35; Carpzov Defin. for. P. III

[1]) Vgl. Einf.-Ges. zur RCPO. § 16 Nr. 3.

const. 11 def. 16, 29; Lauterbach Colleg. theor. pract. II. Lib. 37 tit. 6 § 22; Fredersdorff Anweisung f. Justizbeamte Bd. 3 S. 11,

stellen bezüglich des Manifestationseides und seines Verhältnisses zur Collationspflicht übereinstimmend die Regel auf, daß der Manifestationspflichtige zum sog. iuramentum collationis nicht anders angehalten werden könne, als wenn zuvor constire, daß er eine der Collationspflicht unterliegende Sache oder Summe bei Lebzeiten des Erblassers erhalten habe, daß aber in Betreff dieses Umstandes, dafern der Manifestationspflichtige den Empfang eines Conferendum in Abrede nehme, dessen Gegner der allgemeinen Proceßregel gemäß der Beweis obliege, eine Erstreckung des Manifestationseides auf die Conferenden mithin nicht ohne Weiteres zulässig zu erachten sei.

In gleichem Sinne spricht sich ein neuerer Autor:

Leist in der Fortsetzung des Glück'schen Commentars Serie der Bücher 37 u. 38 Bd. 3 S. 459,

aus, dem zufolge über den aus deutschrechtlichem Ursprunge (Sachsenspiegel I. 13 § 1; Schwabenspiegel Art. 148) hervorgegangenen besondern Collationseid sich die communis opinio in folgenden Sätzen festgestellt hat:

„Dem Collationspflichtigen steht die Angabe der Conferenden als ein Recht zu; drängen ihn die Miterben wegen Conferenden, die er leugnet, so liegt ihnen die gewöhnliche Beweispflicht ob; gesteht er aber das Conferendum ein, so hat er rücksichtlich des quantum et quidquid der erblasserischen Zuwendungen den eigenthümlichen deutschrechtlichen Collationseid."

Weiter heißt es ebendaselbst S. 457:

„Einmal lag es rücksichtlich der Selbstangabe bei der Subsumtion unter den Begriff der Manifestationspflicht nahe, dem Conferenten die Verbindlichkeit aufzulegen, ganz genau alle empfangenen Zuwendungen zu specialisiren und damit zugleich zu documentiren, welche Empfänge nicht der Collation unterlägen. . . . Ein gesunder practischer Sinn hat aber gegen solche Auffassung noch in neuerer Zeit reagirt (Seuffert Archiv Bd. 19 Nr. 169)" u. s. w.

und S. 458 Not. 65:

„Die Erklärung des Descendenten, er habe ein Conferendum von x Thlr. erhalten, was er aber sonst vom Erblasser empfangen (ohne sich auf Detaillirung einzulassen) sei ihm von demselben geschenkt worden, ist demnach zulässig."

Dieselben Grundsätze haben, wie vielfache Judicate der obersten Gerichtshöfe beweisen:

Pfeiffer Neue Sammlung bemerkenswerther Entsch. des OAG. zu Kassel Bd. 3 (1819) Dec. 71 Nr. 7; Seuffert Archiv Bd. 15 Nr. 261, Bd. 19 Nr. 169, Bd. 23 Nr. 189, Bd. 31 Nr. 153; sächs. Ztschr. f. Rechtspfl. N. F. Bd. 21 S. 239 ff.,

in der Praxis, insbesondere auch in der Rechtsprechung unseres Landes[1])

[1]) Bezugnahme auf die Erkk. des vormal. LG. zu Wolfenbüttel v. 6. Mai 1828 i. S. Vogelsang w. Fischer, v. 4. Octbr. 1824 i. S. Seelmeyer w. Seelmeyer; des OLG. das. v. 21. Septbr. 1847 i. S. Bötel w. Westphal und v. 17. Juli 1843 i. S. Dörries w. Schoppe u. Consf.; des 1. Sen. des OG. das. v. 10. Jan. 1860 i. S. Schlüter w. Schlüter und des 2. Sen. v. 8. Juli 1876 i. S. Leibrock w. Leibrock.

Geltung erlangt, und fehlt es an jedem Grunde, von dieser innerlich wohl gefestigten und dem practischen Bedürfniß durchaus genügenden Theorie abzugehen. . . .

In dem hier vorliegenden Fall hatte Klägerin zur Begründung ihres Antrags auf Manifestation und Herausgabe der Hälfte des Nachlasses die Behauptung aufgestellt, der Beklagte habe nach dem Tode des gemeinschaftlichen Vaters das von demselben nachgelassene Baarvermögen . . . eigenmächtig und ohne ihre Zuziehung an sich genommen; sie wisse nicht, welche Bestände der Beklagte vorgefunden; daher müsse derselbe über solches Baarvermögen ein Inventar aufstellen und eidlich bestätigen. Beklagter giebt die verlangte Declaration und erbietet sich zu eidlicher Bestärkung. Wenn er sodann . . . in der Duplik noch weiter anführt, der Nachlaß erreiche nicht die jenseits erwartete Höhe, da ihm der defunctus schon zwei Jahr vor seinem Ableben 1200 M. schenkweise übergeben habe, so hat er damit ein Mehreres gethan, als Klägerin nach Maßgabe ihrer Klage, die ja eben nur den Nachlaß, zu welchem etwaige Conferenden an sich nicht gehören:

Leist a. a. O. S. 449,

betraf, zu fordern berechtigt war. Er war vollkommen befugt, nach seiner subjectiven Ansicht alles dasjenige zu declariren, was zu solchem Nachlaß gehörte, und dasjenige wegzulassen, was er nach gewissenhafter Ueberzeugung darunter nicht begriffen erachtete, und sodann abzuwarten, ob es der Gegenpartei gelinge, die Unvollständigkeit seiner Declaration darzuthun, bzw. seine Collationsverbindlichkeit in Betreff ausgelassener Posten im Wege Rechtens durchzusetzen. Es bedurfte daher nach Lage der Sache weder einer genaueren Substantiirung solcher Schenkung noch der Angabe von Beweismitteln. . . . Wollte Klägerin die ihr vom Beklagten freiwillig gegebene Kunde von dem Verbleib der vermißten 1200 M. zum Zweck der gewünschten Collation benutzen, so blieb ihr nichts übrig, als eine neue Klage anzustellen . . . und darin bestimmt zu behaupten, daß und warum Beklagter die ihm angeblich geschenkten 1200 M. zur Theilungsmasse einzuwerfen schuldig sei, daß also ausnahmsweise Gründe vorlägen, um derentwillen von der bekannten Regel, wonach einfache Schenkungen, sofern nicht der Erblasser deren Einwerfung angeordnet hat, der Collation nicht unterliegen:

Windscheid Pand. Bd. 3 § 610 Ziff. 3[4]; Sintenis Civilr. Bd. 3 § 189 II. 3 u. 4. const. 20 § 1 de collat. 6. 20; Fein Recht der Collation § 43[1]),

abzuweichen sei." . . .

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 12. April 1880 in der Revisionsinstanz i. S. Müller w. Renziehausen wegen Erbtheilung.

D.

[1]) Vgl. Bd. 33 Nr. 316 u. die dort. Nachw. unter *.

52. Das Fruchtzinsrecht bezieht sich im Zweifel auf Leistung von im Zinsjahr auf dem pflichtigen Gut gezogenen Früchten.

Vgl. Bd. 24 Nr. 256.

„Die Verbindlichkeit, von einem landwirthschaftlichen Grundstück jährlich eine bestimmte Quantität von Feldfrüchten als Zins zu entrichten, wird, sofern nicht ein anderer Inhalt derselben durch Gesetz oder Vertrag festgesetzt oder aus dem Besitzstande zu entnehmen ist, bald dahin verstanden, daß die zu leistende Quantität von den auf dem zinsbaren Gut im Zinsjahr gezogenen Früchten zu entrichten sei:

vgl. Eichhorn Einl. in d. d. Privatr. § 253 IV.; Mittermaier d. d. Privatr. 7. Aufl. Bd. 1 § 179 Nr. 1; Maurenbrecher d. Privatr. 2. Aufl. Bd. 1 § 339 Not. 6; Bluntschli d. Privatr. 3. Aufl. § 94 Nr. 5; Beseler System d. d. Privatr. 3. Aufl. § 192 Not. 5; Stobbe Handb. d. d. Privatr. Bd. 2 § 136 Not. 33; Häberlin Landwirthschaftsrecht § 90; Friedlieb Reallasten § 71 Not. 2,

bald dahin, daß die zu leistenden Früchte nur der Gattung nach bestimmt und entweder solche, wie sie auf dem belasteten Grundstück überhaupt erzeugt zu werden pflegen:

vgl. Gerber System d. d. Privatr. 12. Aufl. § 189 Not. 6,

oder Früchte der bestimmten Gattung in marktgängiger Waare von mittlerer empfangbarer Beschaffenheit

vgl. Sammlung der Entsch. des OAG. zu Rostock von Budde u. Schmidt Bd. 6 S. 294

zu liefern seien. Es mag dahingestellt bleiben, welche dieser Auffassungen den Vorzug verdient, wenn es sich um einen Fruchtzins handelt, welcher ohne Zusammenhang mit einem Leihe- oder Pachtverhältniß als eine für sich bestehende Reallast auf dem Grundstück haftet. Bildet dagegen der Fruchtzins die Gegenleistung für die Ueberlassung des Nutzungsrechts an dem Grundstück, von welchem er zu entrichten ist, so erscheint ohne Zweifel die zuerstgedachte Auffassung der Verpflichtung gerechtfertigt. Sie entspricht der Natur eines derartigen Rechtsverhältnisses, welches darauf abzielt, den Grundeigenthümer für die Aufgebung des Fruchtertrages, den er bei eigener Bewirthschaftung des Grundstücks jährlich gezogen haben würde, durch einen Theil des jährlichen Ertrages zu entschädigen und den Rest desselben dem Besteller für die Bewirthschaftung des Grundstücks zu überlassen, mag der dem Grundeigenthümer abzugebende Theil des jährlichen Fruchtertrages in einer Quote (wie bei dem colonus partiarius, fr. 25 § 6 loc. cond. 19. 2) oder in einer festen Quantität bestehen. Diese Ordnung des Verhältnisses, welche einerseits dem Besteller des Grundstücks die Erfüllung seiner Verbindlichkeit erleichterte, andrerseits dem Grundeigenthümer den regelmäßigen Eingang seines Antheils an dem Fruchtertrage sicherte, entsprach jedenfalls

zu der Zeit dem beiderseitigen Vertragswillen, als bei noch wenig entwickelter Geldwirthschaft die Ueberlassung von Grundstücken an Bauern durch erbliche oder nichterbliche Leihe zuerst in Gebrauch kam.

Vgl. Arnold zur Geschichte des Eigenthums 1861 S. 65.

Sie erscheint aber auch jetzt noch als die regelmäßige, wo in neuerer Zeit die Ueberlassung bäuerlicher Grundstücke zu Nutzungsrecht gegen Entrichtung eines jährlichen Fruchtzinses als ein Ueberrest der alten Naturalwirthschaft beibehalten worden ist, da die Entwicklung der Geldwirthschaft zwar die Verdrängung der Fruchtzinsen und deren Ersatz durch Geldabgaben, nicht aber eine Umgestaltung der beibehaltenen Fruchtzinse zur Folge hatte.

Um einen Fruchtzins dieser Art handelt es sich in dem gegenwärtigen Rechtsstreit. Wenngleich die Parteien unterlassen haben, die Verträge beizubringen, auf welchen das Recht der Beklagten an ihren Stellen beruht, oder doch nähere Angaben über den Inhalt derselben und den Ursprung des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses zu machen, so geht doch aus der Bezeichnung des Klägers als Gutsherrschaft, der Beklagten als Hauswirthe und der fraglichen Abgabe als Pachtkorn, sowie aus dem ausdrücklichen Anführen in der Klageschrift, daß die Beklagten diese Abgabe „für die Nutzung ihrer Hufen" zu entrichten haben, wenigstens so viel hervor, daß dieselbe die Gegenleistung für die Einräumung des Nutzungsrechts an den Stellen der Beklagten bildet.

Die Annahme der Vorrichter, daß die Beklagten ihrer Verpflichtung genügen, wenn sie Durchschnittswaare ihrer eigenen Ernte liefern, muß daher als zutreffend anerkannt werden."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 29. Mai 1880 in einer lübecker Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 360.

---

53. Ueber die Substantiirung und die Berechtigung von localen Handelsusancen, insbesondere bezüglich der Verkaufsformen nach Art. 343 des HGB.

Der Beklagte bezieht sich auf Localusancen und behauptet, dieselben seien nicht befolgt. Einem solchen Vorbringen kann allerdings an sich Beachtung nicht versagt werden (Entsch. des ROHG. Bd. 16 Nr. 27 S. 93), und unter Umständen kann die Einleitung eines Beweisverfahrens über die behauptete Usance geboten sein. Nothwendige Voraussetzung dafür ist aber eine präcise Fassung der betreffenden Behauptung. Inhalt und Umfang der angeblichen Usance muß so genau substantiirt sein, daß der Richter zu erkennen vermag, ob dieselbe auf den betreffenden Fall Anwendung leide (Entsch. des ROHG. Bd. 12 Nr. 18 S. 61). Nun finden sich aber lediglich folgende Behauptungen des Beklagten:

„in Harburg hätten sich auch für den freiwilligen öffentlichen Verkauf ganz bestimmte Usancen gebildet. So sei acht bis zehn Tage vorher die Auction zu inseriren, und zwar 3—4 mal hinter einander in dem „Harburger Anzeiger", in dem „Courier an der Unterelbe" und in größeren Sachen in den „Hamburger Nachrichten"; endlich würde dieselbe auch, dem Character des Orts entsprechend, am letzten Tage ausgerufen."

Dieser Behauptung fehlt es an der nöthigen Bestimmtheit insofern, als darüber nichts angegeben ist, ob diese Usancen sich auch auf Verkäufe von Handelswaaren beziehen. Will man aber aus der Unbeschränktheit der Fassung schließen, es sei behauptet, bei allen freiwilligen öffentlichen Verkäufen ohne Rücksicht auf die Art der Verkaufsgegenstände hätten sich diese Usancen ausgebildet, so stellt sich eine solche Behauptung von vorn herein als unhaltbar dar.

Daß alle Arten von öffentlichen Verkäufen mindestens acht Tage vorher bekannt gemacht werden sollten ist wirthschaftlich undurchführbar. Bei Waaren, welche dem Verderben ausgesetzt sind (und bei solchen kommen derartige Verkäufe gerade häufig vor), z. B. bei havarirt oder in sonstiger schlechter Beschaffenheit angekommenen Waaren, ist eine Verzögerung des Verkaufs um acht Tage sehr häufig dem Interesse der Betheiligten völlig zuwiderlaufend. Das Gesetz (Art. 343 Abs. 2 des HGB.) erkennt dies selbst an, indem es, wenn die Waare dem Verderben ausgesetzt ist, sogar von dem Erforderniß der vorgängigen Androhung des Verkaufs an den säumigen Käufer absieht. Die Behauptung, daß sich an einem Handelsplatz auch für solche Fälle eine Usance wie die behauptete gebildet habe, ist geradezu undenkbar. Aehnlich verhält es sich mit Waaren, welche großen Preisschwankungen ausgesetzt sind und bei welchen durch die Hinausschiebung des Verkaufs auf mindestens acht Tage die Interessen, welche durch die gesetzlichen Bestimmungen (Art. 343, 354 des HGB.) gewahrt werden sollen, erheblich gefährdet würden. Ist aber einmal die Usance in dem behaupteten unbeschränkten Umfange nicht anzuerkennen, so ist, da es an jeder Behauptung einer Umgrenzung des Gebiets der Usance fehlt, das ganze Vorbringen betreffs der Bekanntmachungsfrist unbeachtlich. Ersichtlich aber beziehen sich die weiter behaupteten Usancen, daß nämlich auch im „Courier an der Unterelbe", einem Blatte von geringer Verbreitung in der Umgebung Harburgs, die Auctionsanzeige zu inseriren, sowie daß dieselbe am letzten Tage auszurufen sei, auf Verkäufe anderer Objecte, als die sind, um welche es sich hier handelt.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 24. April 1880 in einer hamburg. Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 270.

54. Wird der Rechtsnachfolger einer Firma durch Uebernahme des Geschäfts mit allen Passiven für die Geschäftsschulden des früheren Inhabers verhaftet?

Vgl. Bd. 6 Nr. 242; Bd. 7 Nr. 21; Bd. 11 Nr. 83; Bd. 21 Nr. 142, 143; Bd. 25 Nr. 45, 46, 47, 147; Bd. 28 Nr. 177; Bd. 32 Nr. 65, 260; Bd. 33 Nr. 146.

Das HGB. hat diese Frage offen gelassen, insbesondere nicht in den Artikeln 22 und 23 entschieden; die 1. Instanz hat solche ohne Angabe von Gründen bejaht, die 2. Instanz dagegen mit Bezug auf die constante Rechtsprechung des vormaligen ROHG.

vgl. dessen Entscheidungen Bd. 1 S. 66 ff., Bd. 2 S. 143, Bd. 8 S. 383, Bd. 12 S 159, Bd. 16 S. 271 und die dort. Nachw.

verneint. So gewichtig indessen die Gründe sind, welche für die letztere Ansicht sprechen, so ist derselben doch für den hier zu entscheidenden Fall nicht beizupflichten, wo der Erwerber eines bestehenden Handelsgeschäfts durch Vertrag mit dem bisherigen Inhaber oder dessen Erben unter Uebernahme der vorhandenen Activen und Passiven in alle geschäftlichen Beziehungen desselben eintritt und nun das Geschäft unter Beibehaltung der früheren Firma fortsetzt. In einem solchen Vorgange liegt für den kaufmännischen Verkehr ein wirksames Angebot des Erwerbers an die Geschäftsgläubiger, denselben für ihre Forderungen an den früheren Inhaber des Geschäfts gerecht zu werden, eine Offerte, welche der besonderen Zustimmung, der ausdrücklichen Annahme dieser Gläubiger um so weniger bedarf, als sie nur Rechte für dieselben begründet. Es muß vom Standpunct der Handelssitte und des practischen Bedürfnisses, sowie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Handelsverkehr der Fortführung des Geschäfts unter derartigen Umständen dieselbe Wirkung beigelegt werden, wie der öffentlichen handelsüblichen Bekanntmachung des Erwerbers, daß er die Passiva des Geschäfts mitübernommen habe. — Dazu kommt noch, daß das Verhältniß, in welches Kläger durch Abschluß des streitigen Vertrags zu der fraglichen Firma getreten war, auch dem jetzigen Inhaber derselben gegenüber lange Zeit thatsächlich fortgesetzt wurde. . . .

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 9. Juli 1880 i. S. Ruhresch w Wüstenfeld. St.

---

55. Haftung des Principals für Geschäfte, welche ein Dritter abschloß, wenn er zuließ, daß dieser sich als Handlungsbevollmächtigter gerirte.

Vgl. Bd. 26 Nr. 8 mit Nachw.; Bd. 27 Nr. 215; Bd. 34 Nr. 143. S. auch folgende Nr

„Vom Beklagten zugegeben ist Folgendes: Der Beklagte hat T. beauftragt, bei der Klägerin um den Preis einer gewissen Waare anzufragen. T. hat darauf an die Klägerin einen Brief geschrieben, welchen er mit des

Beklagten Namen unter Vorsetzung eines p. und unter Beifügung der Anfangsbuchstaben seines eigenen Namens unterschrieb. Die Klägerin hat diese Anfrage mit einem an den Beklagten gerichteten Brief beantwortet, und nachdem T. über diese Antwort dem Beklagten eine Mittheilung gemacht, hat der Beklagte ihn beauftragt, die in diesem Brief enthaltene Offerte zu acceptiren. Den Brief, welcher diese Annahme enthält, hat T. mit Bewilligung des Beklagten unterschrieben, und zwar enthielt die Unterschrift den Namen des Beklagten mit vorgesetztem p. und beigefügtem Namen des Schreibers A. T.

Hiernach steht fest, daß T. sich bei Abschluß des Vertrags, sowie auch schon bei der diesem Abschluß vorhergehenden Anfrage, als Handlungsbevollmächtigter des Beklagten gerirt hat (Art. 48 des HGB.).

Ein solches Verhalten T.'s steht nicht vereinzelt da, vielmehr ergiebt das Briefcopirbuch des Beklagten, daß T. in derselben Weise auch vielen andern Personen gegenüber verfahren ist. Ausweise dieses Buchs sind die meisten Geschäftsbriefe des Beklagten, einschließlich derer, welche verpflichtende Erklärungen enthalten, um die fragliche Zeit von T. mit dem Namen des Beklagten und zwar regelmäßig unter Vorsetzung eines p. unterschrieben worden, wenn auch der Name des Schreibers nicht beigefügt ist.

Es geschah dies unter den Augen des Beklagten. Dieser kann sich schlechterdings nicht darauf berufen, daß er das Verfahren T.'s nicht gekannt, daß er die von T. unterschriebenen und abgesandten Briefe nicht eingesehen habe. Ließ er es zu, daß T. sich als Handlungsbevollmächtigter gerirte, so ist darin in Ermangelung besonderer Umstände eine stillschweigende Bestellung desselben zum Handlungsbevollmächtigten zu finden. Besondere Umstände, welche diese Annahme auszuschließen geeignet wären, hat aber der Beklagte nicht angeführt. . . .

Gerirte sich aber T. der Klägerin gegenüber als Handlungsbevollmächtigter des Beklagten und muß der Beklagte dies sich gegenüber gelten lassen, ist T. es also, welcher das fragliche Geschäft namens des Beklagten abgeschlossen hat, so ist das Geschäft so, wie es von der Klägerin und T. gewollt wurde, abgeschlossen, und der Beklagte ist dem Inhalt dieses Vertrags gemäß verpflichtet. Ob T. durch eine irrthümliche Auffassung der Meinung des Beklagten veranlaßt wurde, das Geschäft so wie geschehen abzuschließen, ist gleichgültig."

Erk. des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 5. Novbr. 1879 i. S. Schmidt u. Wolff w. Loß wegen Kaufs. D.

56. Stillschweigende Ermächtigung eines Handlungsgehülfen zur Empfangnahme von Zahlungen durch die Zulassung des Principals, daß derselbe Zahlungen im Geschäftslocal in Empfang nahm und an die Kasse abführte.

Vgl. Bd. 25 Nr. 119 mit Nachw.; Bd. 29 Nr. 25. S. auch vor. Nr.

. . . „Es handelt sich um die Fragen, ob der Beklagte in der Zeit vom 5. September 1876 bis 15. Juli 1877 auf sein Waarenconto 2600 M. die nicht zur klägerischen Kasse gekommen sein sollen und die dem klägerischen Buchhalter G. gezahlt sind, an diesen als Vertreter des Klägers abgeführt hat, und ob dies mit Fug und Recht geschehen ist oder nicht. . . Der Beklagte stützt seine desfallsige Behauptung auf gewisse dem G. zugetheilte Geschäftsfunctionen, die den Glauben an seine in Rede stehende Berechtigung zu erwecken geeignet gewesen wären, vornämlich aber auf den klägerischen Geschäftsbrauch, nach welchem in Abwesenheit des Kassirers die Comptoirbeamten Zahlungen für den klägerischen Verein in Empfang zu nehmen und darüber zu quittiren befugt gewesen seien, insofern solches mit Wissen des Klägers regelmäßig geschehen, so daß die — dem Beklagten übrigens nicht bekannt gewesene — Statutenvorschrift, daß Quittungen nur vom Kassirer unterzeichnet werden dürfen, außer Anwendung gesetzt worden sei.

. . . Wenn es mit der behaupteten wissentlichen Duldung einer regelmäßigen Vertretung des abwesenden Kassirers durch die Comptoiristen seine Richtigkeit hat, so muß darin auch eine stillschweigende Ermächtigung der Letzteren zum Empfang von Zahlungen seitens des Klägers gesehen werden (Art. 47 des HGB.), um so eher, als jene angebliche Statutenbestimmung derselben nicht unbedingt entgegensteht und auch nicht ersichtlich gemacht ist, daß dieselbe irgendwie zur Kenntniß des Beklagten gekommen ist. Denn wenn Kläger und dessen Vorstand eine solche andauernde Geschäftspraxis zugelassen hat, so ist dies nur mit Billigung derselben zu erklären; hätte er sie gemißbilligt, so hätte auch die schuldige Vertragstreue gegen seine Geschäftsfreunde erfordert, dies irgendwie zur Kenntniß derselben zu bringen und diese nicht durch Schweigen in dem Verkehr mit ihm und seinen Beamten der Gefahr bedeutender Schädigung auszusetzen; die Hinweisung des Klägers auf die Befugniß der Zahlenden, sich eines beliebigen Vermittlers zu bedienen, paßt auf solchen Fall durchaus nicht. Nun ist aber durch den erhobenen Zeugenbeweis klar dargethan, daß seit längerer Zeit — 1868 — in dem Geschäftslocal des Klägers der Brauch herrschte, daß die Comptoirbeamten in Abwesenheit des Kassirers statt desselben Gelder von den Zahlungspflichtigen, und darunter auch vom Beklagten, in Empfang nahmen und darüber Quittung ausstellten. Dies ist auch nicht ohne Wissen des klägerischen Vorstandes geschehen. . . .

Hiernach sind diejenigen streitigen Zahlungen, welche an G. im Comptoir bei Abwesenheit des Kassirers geleistet sind, als gültige und für den Kläger

verbindliche anzusehen. . . . Dagegen fehlt es an jedem Grunde, diese auf das Geschäftslocal beschränkte Legitimation weiter auszudehnen und eine Befugniß des G., Zahlungen auch anderswo für Kläger zu empfangen, anzunehmen." . . .

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 9. Juni 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Waareneinkaufsverein Görlitz w. Waareneinkaufsverein Penzig. Wck.

---

57. Ein gegen eine offene Handelsgesellschaft ergangenes rechtskräftiges Erkenntniß ist gegen den Gesellschafter nicht vollstreckbar, welcher bei der Auflösung der Gesellschaft deren Activa und Passiva übernommen hat.

Vgl. Bd. 33 Nr. 55 mit Nachw.

„Den Entscheidungsgrund des 2. Richters, daß ein gegen die Firma einer offenen Handelsgesellschaft ergangenes Erkenntniß nicht ohne Weiteres gegen die einzelnen Gesellschafter in deren besonderes Vermögen vollstreckbar sei, ficht die Nichtigkeitsbeschwerde nicht an; der 2. Richter ist dabei im Einklang mit der Praxis des ROHG. (vgl. dessen Entscheidungen Bd. 6 S. 416, Bd. 20 S. 180). Der 2. Richter erachtet die Vollstreckbarkeit des gegen die Firma ergangenen Erkenntnisses gegen den Beklagten als Gesellschafter auch nicht deshalb für begründet, weil er bei der Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern die Activa und Passiva der Gesellschaft übernommen hat. Hiergegen richten sich die erhobenen Angriffe.

Es handelt sich nicht um die Veräußerung einer Firma und die Frage, ob durch diese die Gläubiger des bisherigen Inhabers der Firma einen unmittelbaren Klageanspruch gegen den Erwerber erlangen, welche von dem preuß. OTr. und dem ROHG. verschieden entschieden ist. Der Theilungsvertrag mit der Uebernahme der Tilgung von Gesellschaftsschulden durch einen Gesellschafter enthält, da jeder Gesellschafter schon für alle Schulden solidarisch verhaftet war, gar keine Succession in Betreff der Schulden. Der Vertrag zwischen den Gesellschaftern, wenn er aus besonderen Gründen den Gläubigern Rechte giebt, kann für sie zwar einen neuen Schuldgrund bilden, der dem Gläubiger in Betreff der Einreden vortheilhafter als der frühere sein kann; er kann jedoch immer nur in der vertragsmäßig übernommenen Verpflichtung zur Bezahlung der Schulden bestehen. Einen solchen Schuldgrund, wenn er entstanden ist, kann der Gläubiger durch Proceß geltend machen; derselbe kann aber nie ein aus einem andern Schuldgrunde ergangenes Erkenntniß, welches gegen einen Gesellschafter nicht vollstreckbar ist, zu einem gegen denselben vollstreckbaren machen."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 3. Juli 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Friedländer w. Dürkopp. Wck.

---

58. Vermittlung eines Grundstückskaufs als Handelsgeschäft.

Vgl. Bd. 20 Nr. 244; Bd. 23 Nr. 159; Bd. 26 Nr. 239; Bd. 27 Nr. 46; Bd. 29 Nr. 259; Bd. 31 Nr. 162, 163; Bd. 33 Nr. 251; Bd. 35 Nr. 233.

Der Beklagte hat seinen Einwand, daß ein Handelsgeschäft nicht vorliege, zunächst auf den Satz gestützt: nach Art. 275 des HGB. könne die Vermittlung eines Grundstückskaufes nie Handelsgeschäft sein. Es steht ihm hier die Ansicht des früheren preuß. Obertribunals (Entsch. Bd. 70 S. 273) zur Seite, welche auch von Goldschmidt (Handbuch Bd. 1 S. 513), Löhr (S. 113, 132) und anderen Rechtslehrern getheilt wird. Der Gerichtshof hat sich indessen der entgegengesetzten, von den Senaten 2 und 3 des früheren ROHG. (Entsch. Bd. 10 S. 425, Bd. 16 S. 1, Bd. 23 S. 131) aufgestellten Ansicht angeschlossen.

Für die Meinung, die Annahme eines Handelsgeschäfts sei unzulässig, wird geltend gemacht: Art. 272 Nr. 4 bezeichne als Handelsgeschäfte die gewerbsmäßige oder zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betrieb seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes ausgeführte Vermittlung von Handelsgeschäften für andere Personen; die Vermittlung von Nichthandelsgeschäften, gleichviel ob gewerbsmäßig oder einzeln betrieben, sei kein Handelsgeschäft; Verträge über unbewegliche Sachen seien aber nach Art. 275 keine Handelsgeschäfte. — Diese Gründe erscheinen nicht überzeugend.

Zunächst ist zu untersuchen, wie der Art. 275 zu verstehen ist und welche Verträge unter den Begriff „Verträge über unbewegliche Sachen" fallen. Die Motive zum preuß. Entwurf des HGB. (S. 102, 103) äußern sich darüber:

> Die desfallsige Bestimmung des Entwurfs beziehe sich auf alle Verträge, deren unmittelbarer Gegenstand Immobilien sind, wie Veräußerungen, Parcellirungen, Verpfändungen. Die Speculation habe sich auch auf den Umsatz von Immobilien namentlich durch Zerstücklung, geworfen; es sei aber bedenklich, die Vorschriften des Handelsrechts auf Verträge über Grundstücke anzuwenden, wegen der dabei zu beobachtenden größeren Förmlichkeiten und wegen der meistens verwickelten Rechtsverhältnisse, welche durch Hypothekenrechte oder andere dingliche Rechte Dritter hervorgerufen würden.

Den Motiven ist unzweifelhaft darin beizutreten, daß Grundstücke Gegenstand der Speculation sein können. Deshalb würde es an und für sich mit dem Wesen eines Handelsgeschäfts nicht unvereinbar sein, dazu auch solche Speculationen zu rechnen, wie denn beispielsweise das französische Recht Speculationen mit Grundstücken grundsätzlich nicht von den Handelsgeschäften ausgeschlossen hat. Der Ausschluß im deutschen Handelsrecht beruht vielmehr auf positiver Vorschrift, deren Grund mit Recht auf die hervorgehobenen Schwierigkeiten zurückzuführen ist, welchen der Verkehr mit Grundstücken häufig begegnet. Es erscheint hiernach auch gerecht

fertigt, mit den Motiven die Bestimmung des Art. 275 nur auf solche Verträge zu beziehen, deren Gegenstand unmittelbar unbewegliche Sachen sind. Nun kann man aber nicht als unmittelbaren Gegenstand des Grundstückskaufs- oder -verkaufs-Vermittlungsvertrages das Grundstück selbst ansehen; unmittelbarer Gegenstand desselben sind vielmehr die Bemühungen des Vermittlers einerseits, das Provisionsversprechen andrerseits. Mag immerhin der Vermittler in gewisser Beziehung die Pflichten eines Mandatars haben; keinesfalls vertritt er den Käufer oder Verkäufer: er steht eben zwischen beiden, und deshalb steht der Vermittlungsvertrag nicht in unmittelbarer Beziehung zum Grundstück.

Fällt sonach der Vermittlungsvertrag selbst nicht unter die Vorschrift des Art. 275, so hängt allerdings die Entscheidung der Streitfrage davon ab, ob der Satz richtig ist: die Vermittlung eines Geschäfts kann kein Handelsgeschäft sein, wenn das vermittelte Geschäft selbst ein solches nicht ist. Ein Beweis für diesen Satz ist nicht erbracht; vielmehr ergeben sich aus Art. 272 Nr. 4 die erheblichsten Bedenken gegen seine Richtigkeit. Nach Art. 272 Nr. 4 ist die Vermittlung eines Handelsgeschäfts, selbst wenn sie durch einen Kaufmann erfolgt, nicht unter allen Umständen ein Handelsgeschäft; entscheidend ist, ob der Kaufmann bei der Vermittlung als Kaufmann gehandelt hat. Folgt aber aus Art. 272 Nr. 4, daß das Hauptgeschäft ein Handelsgeschäft, das Vermittlungsgeschäft dagegen ein gewöhnliches Civilgeschäft sein kann, so erscheint der Schluß gerechtfertigt, daß auch umgekehrt, wo das Hauptgeschäft ein gewöhnliches Civilgeschäft ist, doch dessen Vermittlung ein Handelsgeschäft sein kann. Maßgebend wird hierfür sein, ob der Kläger bei der Vermittlung als Kaufmann gehandelt, die Vermittlung zum Gegenstand seiner im Uebrigen kaufmännischen Erwerbsthätigkeit gemacht hat (Art. 273 Abs. 1). Dann steht ihm Art. 274 zur Seite, wenn er beweist, daß er überhaupt Kaufmann ist.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Hülfssen.) v. 9. April 1880 in einer preuß. Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 258.

---

59. Das Engagement eines Gehülfen zur Unterstützung bei der Besorgung der Geschäfte eines Einkaufsvereins ist nicht deshalb ein Handelsgeschäft, weil der Principal zugleich selbständiger Kaufmann ist.

„Nach der unangefochtenen Feststellung des Appell.-Richters hat der Beklagte den Kläger in eigenem Namen als persönlichen Gehülfen zur Ausrichtung von Geschäften für die eingetragene Genossenschaft Waareneinkaufsverein zu Görlitz engagirt, als dessen Geschäftsführer der Beklagte fungirt. Nach der Behauptung des Klägers ist Beklagter Mitinhaber einer Handlung und als solcher Kaufmann; das Engagement des Klägers hat

indeß zu dieser Handlung keine Beziehung. Die Geschäftsleitung des genannten Vereins betreibt der Beklagte nicht als sein eigenes Gewerbe. Aus diesen Thatsachen hat der Appell.-Richter mit Recht gefolgert, daß der fragliche Vertrag nicht als Handelsgeschäft angesehen werden dürfe. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß es sich im vorliegenden Fall nur um ein sog. Handelshülfsgeschäft handeln könnte. Solche Geschäfte erhalten den Character eines Handelsgeschäfts nach Art. 273 des HGB. nur dadurch, daß sie von einem Kaufmann für den Betrieb seines Handelsgewerbes abgeschlossen werden, wofür nach Art. 274 bei Geschäften eines Kaufmanns im Zweifel die Vermuthung spricht. Indem nun der Appell.-Richter aus den vorliegenden Thatumständen feststellt, das Engagement des Klägers sei erfolgt für ein anderes Handelsgewerbe als dasjenige, welches Beklagter für eigene Rechnung betreibt, hat er der Anwendung sowohl des Art. 273 wie auch 274 den Boden entzogen." . . .

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 12. Juni 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Mayas w. Hönnicke. Wck.

---

60. Zum Begriff des Contocorrents.* — Stillschweigende Anerkennung eines Saldo** durch ein neues, vorbehaltloses Creditbegehren nach Empfang der Abrechnung.

*Vgl. Bd. 34 Nr. 230 mit Nachw. — **Vgl. Bd. 32 Nr. 95 mit Nachw.; Bd. 33 Nr. 255.

. . . Den Rechtsbegriff des Contocorrentvertrages hat der Appell.-Richter im Einverständniß mit den Parteien zutreffend und erschöpfend fixirt. Einverständniß herrscht auch darüber, daß der Verkehr zwischen den Parteien während der über drei Jahre hinausreichenden Dauer desselben sich rechnungsmäßig in den dem Contocorrentverkehr üblichen Formen bewegt hat. Beklagter bestreitet aber das Vorhandensein des Merkmals, welches entscheidend ist für die Bestimmung des innern Gehalts, die Erkennbarkeit des Willens, während des Geschäftsverkehrs sich gegenseitig Credit zu gewähren. Zur Feststellung dieses Merkmals genügt aber der Hinweis auf die sog. Differenzgeschäfte zwischen den Parteien, welche vom Anfang 1873 bis zum Abschluß der Verbindung die große Mehrzahl der Rechnungsposten bilden. Je nach dem vorher unbestimmten Ausfall dieser Geschäfte wurde die eine oder andere Partei Gläubigerin des Gegners, und wenn das Glück dem Beklagten ebenso günstig gewesen wäre, wie es sich der Klägerin zugewendet hat, so konnte der Credit des Beklagten sein Debet übersteigen. Bei solchen Geschäften war vor Abschluß einer Rechnungsperiode daher nicht zu übersehen, ob sich der Saldo zu Lasten des einen oder des andern Theils gestalten werde, und das führt zu der Annahme eines auf gegenseitige Creditgewährung schon beim Beginn solcher Geschäfte gerichteten

Vertragswillens wenigstens so lange, als nicht ausdrückliche Erklärungen das Gegentheil ergeben. Daran fehlt es aber nicht bloß im vorliegenden Falle, sondern es ist sogar nach dem Zugeständniß des Beklagten die Geschäftsverbindung mit einem Schreiben der Klägerin vom 7. November 1872 eröffnet worden, in welchem diese dem Beklagten — ein Bankhaus einem Kaufmann — ein Contocorrent offerirt.

Daß Beklagter den Saldo für 1. Januar 1876 anerkannt, kann ebensowenig zweifelhaft sein. Beklagter hat zugestanden, daß er nach dem 6. Februar 1876, dem Tage, an welchem er den Rechnungsauszug mit jenem Saldo erhalten, und zwar am Schluß dieses Monats, seine zu diesem Zeitpunct fällige Verpflichtung zur Abnahme von 45000 ℳ Discontobankactien durch die Klägerin hat verlängern lassen. Er hat damit den Credit der Klägerin von Neuem in Anspruch genommen, eine Handlung, in welcher die Klägerin eine Anerkennung der Richtigkeit des zugestellten Rechnungsauszuges erblicken mußte, auch wenn es richtig sein sollte, daß der Beklagte einige Wochen früher bei der Zustellung dem überbringenden Kassenboten erklärt hat, der Rechnungsauszug sei nicht richtig und er verweigere die Vollziehung des mitüberreichten Anerkennungsformulars. Die Klägerin durfte voraussetzen, daß Beklagter in der zwischen dem Empfang der Rechnung und dem weiteren Creditbegehren liegenden Zeit eine specielle Monitur der Rechnung ihr zugänglich gemacht haben würde, wenn er trotz Fortsetzung der Geschäftsverbindung sich seine Einreden gegen die Richtigkeit des letzten Saldo hätte offen halten wollen. Eine andere Auslegung würde den Beklagten einer Verletzung von Treu und Glauben beschuldigen, weil er ein anderes Motiv für seine Handlungsweise nicht angeführt, auch nicht behauptet hat, daß er später die betreffenden Papiere abgenommen und nur unter dem Druck augenblicklicher Verlegenheit die Prolongation erbeten habe. Nach seiner eigenen Erklärung hat er vielmehr bald darauf aus eigenem Antrieb die Verbindung abgebrochen. . . .

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 10. Juli 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Glatzer Bank w. Brettschneider. Wck.

---

61. Gestohlen und verloren im Sinn des Art. 306 des HGB. sind überhaupt solche Sachen, deren Gewahrsam Jemand wider seinen Willen und ohne sein Zuthun verliert.

Vgl. Bd. 35 Nr. 57.

Eine in München per Bahn anlangende Ladung Bretter wurde dem Güterschaffner S. zur Weiterbehandlung überwiesen, der Fracht, Zoll und Nachnahme mit 470 ℳ berichtigte und die Bretter an sich nahm. Ohne ein Wissen fuhr darauf P., der die Ladung vom Absender kaufte, die

Bretter ab. S. klagte auf Rückgabe oder Zahlung seiner durch die Bretter gesicherten Forderung. In höchster Instanz wurde der Klage stattgegeben:

„Art. 306 des HGB. wendet für die von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräußerten und übergebenen beweglichen Sachen das Princip an, welches Art. 2279 Code civ. allgemein aufstellt, und hier wie dort ist eine Ausnahme gemacht für die Sachen, die gestohlen oder verloren worden sind.

Die Principien des Art. 2279 hatten unter dem Einfluß des die germanischen Rechtsideen bewahrenden droit coutumier auch schon im älteren französischen Rechte Geltung und zwar im Wesentlichen in dem Sinn, daß man unterschied, ob der Besitz freiwillig aufgegeben oder wider den Willen des Besitzers verloren war, indem man, falls Letzteres erwiesen werden konnte, die Vindication zuließ, andernfalls versagte.

Pothier coutume d'Orléans T. XVI p. 192.

Auch bei der Auslegung des Art. 2279 Code civ., namentlich der Ausdrücke „gestohlen (volé)" und „verloren (perdu)", legte man im Wesentlichen diese Anschauung zu Grunde.

Vgl. Aubry et Rau T. II § 183 und die allerdings in ihren Folgerungen zu weit gehende Ansicht von Troplong prescr. No. 1069.

Was nun die Bestimmungen des Art. 306 des HGB. anbelangt, so wurden sie erst bei 3. Lesung ins HGB. eingefügt, und fanden namentlich über den Sinn der betreffs gestohlener und verlorener Sachen gemachten Ausnahme eingehende Erörterungen nicht statt; jedoch erscheint zweifellos, daß man, ebenso wie in Frankreich, im Wesentlichen dem deutschrechtlichen Grundsatz Geltung verschaffen wollte, gemäß dessen Sachen, die Jemand freiwillig aus der Hand gegeben hat, nicht gegen dritte redliche Erwerber vindicirt werden können.

Auf diesen Sinn des Gesetzes deuten zunächst ganz entschieden folgende Worte hin, mit denen der Vorschlag, eine Ausnahme für gestohlene und verlorene (gefundene) Sachen zu machen, von demjenigen Mitglied der Nürnberger Commission, welches ihn vorbrachte, empfohlen wurde:

> „Durch dieses Amendement wird der Grundsatz zur Anwendung gebracht, daß bei einem Mißbrauch des Vertrauens derjenige, welcher sein bewegliches Gut einem Andern anvertraut hat, dem redlichen Erwerber nachsteht. In dieser Beschränkung genügt der Satz den wirklichen Bedürfnissen des rechtlichen Verkehrs — er greift dann möglichst wenig in die Landesrechte ein ꝛc."

Läßt sich annehmen, in dieser Aeußerung, welche keinen Widerspruch erfahren hat, gebe sich der eigentliche Wille des Gesetzgebers kund, so ist klar, daß an dem bloßen Wortlaut seiner bezüglichen Bestimmung nicht festgehalten werden darf, also eine Auslegung unstatthaft erscheint, zufolge

deren von den vielen Fällen, wo Jemand wider seinen Willen den Besitz einer Sache verlieren kann, nur zwei einzelne — „Diebstahl" und „Verlieren", beide Worte in der engeren Bedeutung genommen — getroffen würden, alle übrigen aber ausgeschlossen blieben.

Zu dem nämlichen Ergebniß gelangt man aber auch, wenn man, absehend von besagter Aeußerung, sowie von der historischen Grundlage, auf welcher die Bestimmungen des Art. 306 des HGB. beruhen, nur diese selbst ins Auge faßt. Es kann unmöglich Wille des Gesetzes sein, daß derjenige, welcher aus Unachtsamkeit eine Sache verloren hat, günstiger gestellt sein solle, als derjenige, dem sie ganz ohne seine Schuld und gegen seinen Willen von Jemandem weggenommen worden ist. Ferner erscheint unerfindlich, welche Gründe den Gesetzgeber hätten bestimmen können, nur für den nächstliegenden Fall der diebischen Wegnahme und den entferntestliegenden Fall des Verlierens aus Unachtsamkeit Vorsorge zu treffen, Alles aber, was dazwischen liegt, unberücksichtigt zu lassen.

Diese Erwägungen berechtigen zum Schlusse, daß im Sinn des Gesetzes fragliche Bestimmung mindestens alle diejenigen Fälle umfassen soll, in denen Jemand wider seinen Willen und ohne sein Zuthun den Gewahrsam einer Sache verloren hat.

Allerdings ist nicht zu verkennen, daß, diesen Sinn vorausgesetzt, die Ausdrucksweise des Gesetzes, vielleicht beeinflußt durch Art. 2279 Code civ., eine nicht ganz correcte ist; jedoch erscheint sie doch immerhin derart, daß sich besagter Sinn ohne besonderen Zwang darin finden läßt, sei es, indem man die gebrauchten Ausdrücke, insbesondere den Ausdruck „verloren" im weiteren, jeden unfreiwilligen Verlust umfassenden Sinn nimmt, sei es, indem man mit Goldschmidt (Handelsrecht Bd. I, 2 § 80) davon ausgeht, das Gesetz habe nur die zwei wichtigsten und zugleich am weitesten aus einander liegenden Fälle hervorheben wollen, es als selbstverständlich erachtend, daß auch die inmitten liegenden Fälle getroffen seien.

Eine derartige ausdehnende Auslegung erscheint um so mehr statthaft, als fragliche Schlußbestimmung des Art. 306 nicht etwa, wie in Art. 2279 Code civ., eine Ausnahme von einer allgemeinen Regel begründet, vielmehr nur eine Ausnahme, welche die vorausgehenden Bestimmungen von einer allgemeinen Regel machen, beschränkt, d. h. den Umfang bestimmt, in welchem dieselbe einzutreten habe.

Faßt man die Bestimmungen des Art. 306 des HGB. in diesem Sinne auf, so erscheint die Rüge der Verletzung desselben begründet. Ohne Erheblichkeit ist es, daß es der Eigenthümer selbst war, welcher dem Faustpfandgläubiger die Sache wegnahm oder wegnehmen ließ; es genügt, daß die Wegnahme wider Willen des Besitzers erfolgt ist. Ist hiernach das gesetzliche Pfandrecht des Klägers nicht erloschen, so war derselbe nach den Principien des bayer. Landrechts (Thl. II Kap. VI § 19 u. 22) befugt,

dasselbe jedem dritten Besitzer gegenüber geltend zu machen, d. h. erstattung des Besitzes oder Ersatz seines Interesse zu verlangen."

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 20. April 1880 in einer Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 255.

---

62. Kaufmännisches Retentionsrecht. Verkauf der retinirten Gegen ohne gerichtliche Klage (Art. 315 des HGB.) zieht nicht den Verlu Hauptforderung nach sich.

Der Art. 315 des HGB. verweist zwar den Retentionsberech welcher die zurückbehaltene Waare verkaufen will, auf den Weg der bei dem für ihn selbst zuständigen Gericht; allein daraus folgt nicht der Retinent seines Anspruchs verlustig gehe, wenn er die Waar Zweck der Geltendmachung desselben nach den Vorschriften des Ar des HGB. zum Verkauf bringt, vielmehr wird derselbe hierdurch Schuldner nur schadensersatzpflichtig.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 24. März 1880 in einer darmstädt. Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 285.

---

63. Kaufmännisches Retentionsrecht. Kann der Retinent Lag beanspruchen?

Beklagter war, nachdem er die Waare beanstandet hatte, in Gem des Art. 348 Abs. 1 des HGB. verpflichtet, für deren einstweilig bewahrung Sorge zu tragen; mindestens bis zur Anzeige von der G machung des Retentionsrechts nahm darnach Beklagter die geli 50 Sack Mehl ausschließlich im Interesse der Verkäuferin auf Lage könnte für diese Zwischenzeit selbst nach der Ansicht des Vorderrichter Grund des Art. 290 des HGB. Lagergeld fordern. Dazu kommt Beklagter eine liquide Gegenforderung von 139 ℳ für verauslagte F kosten hatte, deren Ersatz die Verkäuferin bei Zurücknahme der beanstan Waare nicht verweigern durfte. Solange daher die Concursmasse der käuferin jene Lagerkosten und diesen Frachtverlag nicht erstattete oder S heit für deren Zahlung leistete (Art. 315 Satz 2 des HGB.), wa Beklagte zur Retention des Mehls zu Lasten der Klägerin befugt, es müssen ihm demgemäß auch die Lagerkosten für die ganze Dauer der bewahrung vergütet werden.

Eine andere Beurtheilung wird auch dadurch nicht begründet, d Beklagte unterm 9. December 1876 dem Massevertwalter anzeigte, er r das Mehl mit Rücksicht auf seine Differenzforderung wegen Nichterf

Vertrags. Denn, einen erweislichen Rechtsgrund zur Retention vor-
gesetzt, macht es in Ansehung der Verbindlichkeit des Gegners, die auf
haltung oder Aufbewahrung des Retentionsobjects aufgewendeten noth-
ndigen oder nützlichen Kosten zu ersetzen, keinen Unterschied, ob der
tinent die Sache ausschließlich im Interesse des Gegners oder zugleich
h in seinem eigenen Interesse zurückbehalten hat.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 24. März 1880 in einer hessen-
darmstädt. Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 284.

Ueber die Stellung des kaufmännischen Retentionsrechts (Art. 313—315 des HGB.) im Concurse des Schuldners.

Vgl. Bd. 25 Nr. 259.

„Der Art. 315 des HGB. verleiht dem Zurückbehaltungsgläubiger
Art. 313 das. das Recht, mangels anderweitiger, rechtzeitiger Siche-
ng den Verkauf der zurückbehaltenen Gegenstände wider den Schuldner
Wege der Klage zu beantragen und sich aus deren Erlöse vor den
dern Gläubigern zu befriedigen, und dieses Recht besteht auch nach
achter Bestimmung gegenüber der Concursmasse des Schuldners. Die
gende Concursmasse nimmt aber eine Verpflichtung eines solchen
läubigers zu gedachten Schritten der Realisirung an, sobald der Concurs-
walter sie verlangt. Exemplificirt man auf das Pfandrecht, so ist hervor-
heben, daß, während allerdings nach § 221 Tit. 20 Thl. I des preuß.
lg. LR. der Pfandgläubiger auf Verlangen des Pfandschuldners bei
ligkeit der Schuld auch die Pflicht zum Pfandverkauf der dem Schuldner
enthümlich gehörigen Sachen hat, nach gemeinem Recht der Pfandverkauf
r ein Recht und keine Pflicht des Pfandgläubigers ist.

Vgl. fr. 6 pr. de pignor. act. 13. 7; fr. 15 § 5 de re iud. 42. 1; fr. 22 § 1 de iure fisci 49. 14; Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 145.

s für das Geltungsgebiet des HGB. eingeführte kaufmännische Zurück-
altungsrecht kann aber weder einem territorialen Pfandrecht, sei es auch
als ein gleichartiges Recht von geringerer Kraft, gleichgestellt, noch
den die besonderen das Pfandrecht betreffenden Bestimmungen eines
ticularrechts auf dasselbe angewendet werden.

Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung vermag der Concurs über
Vermögen des Schuldners die Natur eines dem Gläubiger zustehenden
nd-, Realisirungs- oder Deckungsrechts nicht zu ändern. Nur inso-
die Concursordnungen durch ausdrückliche Bestimmungen diese Rechte
Einfluß des Concurses dahin unterwerfen, daß die betreffenden
ubiger an dem Concurse durch Geltendmachung bloßer Absonderungs-

dasselbe jedem dritten Besitzer gegenüber geltend zu machen, d. h. Rückerstattung des Besitzes oder Ersatz seines Interesse zu verlangen."

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 20. April 1880 in einer bayer. Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 255.

---

62. Kaufmännisches Retentionsrecht. Verkauf der retinirten Gegenstände ohne gerichtliche Klage (Art. 315 des HGB.) zieht nicht den Verlust der Hauptforderung nach sich.

Der Art. 315 des HGB. verweist zwar den Retentionsberechtigten, welcher die zurückbehaltene Waare verkaufen will, auf den Weg der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gericht; allein daraus folgt nicht, daß der Retinent seines Anspruchs verlustig gehe, wenn er die Waare zum Zweck der Geltendmachung desselben nach den Vorschriften des Art. 34[illegible] des HGB. zum Verkauf bringt, vielmehr wird derselbe hierdurch dem Schuldner nur schadensersatzpflichtig.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 24. März 1880 in einer hessen-darmstädt. Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 285.

---

63. Kaufmännisches Retentionsrecht. Kann der Retinent Lagergeld beanspruchen?

Beklagter war, nachdem er die Waare beanstandet hatte, in Gemäßheit des Art. 348 Abs. 1 des HGB. verpflichtet, für deren einstweilige Aufbewahrung Sorge zu tragen; mindestens bis zur Anzeige von der Geltendmachung des Retentionsrechts nahm darnach Beklagter die gelieferten 50 Sack Mehl ausschließlich im Interesse der Verkäuferin auf Lager und könnte für diese Zwischenzeit selbst nach der Ansicht des Vorderrichters auf Grund des Art. 290 des HGB. Lagergeld fordern. Dazu kommt, daß Beklagter eine liquide Gegenforderung von 139 ℳ für verauslagte Frachtkosten hatte, deren Ersatz die Verkäuferin bei Zurücknahme der beanstandeten Waare nicht verweigern durfte. Solange daher die Concursmasse der Verkäuferin jene Lagerkosten und diesen Frachtverlag nicht erstattete oder Sicherheit für deren Zahlung leistete (Art. 315 Satz 2 des HGB.), war der Beklagte zur Retention des Mehls zu Lasten der Klägerin befugt, und es müssen ihm demgemäß auch die Lagerkosten für die ganze Dauer der Aufbewahrung vergütet werden.

Eine andere Beurtheilung wird auch dadurch nicht begründet, daß der Beklagte unterm 9. December 1876 dem Masseverwalter anzeigte, er retinire das Mehl mit Rücksicht auf seine Differenzforderung wegen Nichterfüllung

des Vertrags. Denn, einen erweislichen Rechtsgrund zur Retention vorausgesetzt, macht es in Ansehung der Verbindlichkeit des Gegners, die auf Erhaltung oder Aufbewahrung des Retentionsobjects aufgewendeten nothwendigen oder nützlichen Kosten zu ersetzen, keinen Unterschied, ob der Retinent die Sache ausschließlich im Interesse des Gegners oder zugleich auch in seinem eigenen Interesse zurückbehalten hat.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 24. März 1880 in einer hessendarmstädt. Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 284.

---

64. Ueber die Stellung des kaufmännischen Retentionsrechts (Art. 313—315 des HGB.) im Concurse des Schuldners.

Vgl. Bd. 25 Nr. 259.

„Der Art. 315 des HGB. verleiht dem Zurückbehaltungsgläubiger des Art. 313 das. das Recht, mangels anderweitiger, rechtzeitiger Sicherung den Verkauf der zurückbehaltenen Gegenstände wider den Schuldner im Wege der Klage zu beantragen und sich aus deren Erlöse vor den andern Gläubigern zu befriedigen, und dieses Recht besteht auch nach gedachter Bestimmung gegenüber der Concursmasse des Schuldners. Die klagende Concursmasse nimmt aber eine Verpflichtung eines solchen Gläubigers zu gedachten Schritten der Realisirung an, sobald der Concursverwalter sie verlangt. Exemplificirt man auf das Pfandrecht, so ist hervorzuheben, daß, während allerdings nach § 221 Tit. 20 Thl. I des preuß. allg. LR. der Pfandgläubiger auf Verlangen des Pfandschuldners bei Fälligkeit der Schuld auch die Pflicht zum Pfandverkauf der dem Schuldner eigenthümlich gehörigen Sachen hat, nach gemeinem Recht der Pfandverkauf nur ein Recht und keine Pflicht des Pfandgläubigers ist.

Vgl. fr. 6 pr. de pignor. act. 13. 7; fr. 15 § 5 de re iud. 42. 1; fr. 22 § 1 de iure fisci 49. 14; Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 145.

Das für das Geltungsgebiet des HGB. eingeführte kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann aber weder einem territorialen Pfandrecht, sei es auch nur als ein gleichartiges Recht von geringerer Kraft, gleichgestellt, noch können die besonderen das Pfandrecht betreffenden Bestimmungen eines Particularrechts auf dasselbe angewendet werden.

Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung vermag der Concurs über das Vermögen des Schuldners die Natur eines dem Gläubiger zustehenden Pfand-, Realisirungs- oder Deckungsrechts nicht zu ändern. Nur insoweit die Concursordnungen durch ausdrückliche Bestimmungen diese Rechte dem Einfluß des Concurses dahin unterwerfen, daß die betreffenden Gläubiger an dem Concurse durch Geltendmachung bloßer Absonderungs-

rechte theilnehmen müssen und dieser Concursmasse den überschießenden Erlös einer Realisirung schulden, kann eine Veränderung des Gehalts jener Rechte eintreten." [1]) (Es folgt die Nachweisung, daß das frühere preuß. Concursrecht eine solche Bestimmung nicht enthielt.) . . . „Hat der Zurückbehaltungsgläubiger dem Schuldner selbst gegenüber eine durch keine entsprechende Realisirungspflicht abgeschwächte Befugniß, die Realisirung zu dem von ihm zu wählenden Zeitpunct herbeizuführen, so daß der Schuldner nur durch Einlösung oder anderweitige Sicherstellung eine Verwerthung der zurückbehaltenen Gegenstände herbeizuführen vermag — und dies kann nicht bestritten werden —, so ergiebt mangels eines anderweitigen und modificirenden Gesetzes, welches auf den vorliegenden Fall anzuwenden wäre, der Schlußsatz des Art. 315: „der Gläubiger hat diese Rechte auch gegenüber der Concursmasse des Schuldners", daß der Concurs diese Rechte nicht ändert. In dem Behaltendürfen des Erlöses der Realisirung ist die anderweitige Sicherstellung im Sinn des Art. 315, welche die Ausübung der Realisirung hindern soll, nicht zu finden."

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 19. Juni 1880 in einer preuß. (landrechtl.) Sache. Annalen des RG. Bd. 2 S. 243.

---

65. Beschaffenheit der Mängelanzeige nach Art. 347 des HGB. beim Kauf nach Probe.

Vgl. Bd. 30 Nr. 171 mit Nachw.

„Nimmt man mit dem Appell.-Richter an, daß die Eigenschaft der vom Kläger zu liefernden Waare (Soda) vertragsmäßig und zwar lediglich dahin bestimmt war, daß Kläger nach der der Verklagten zugestellten Probe zu liefern hatte, so hat der Appell.-Richter auch mit Recht angenommen, daß die hier fragliche Sendung vom 23. Mai 1877 von Seiten der Verklagten stillschweigend genehmigt ist. Denn in dem diese Sendung dem Kläger zur Disposition stellenden Briefe vom 2. Juni 1877, dessen Rechtzeitigkeit der Appell.-Richter nicht beanstandet, spricht die Verklagte zwar ihre Unzufriedenheit mit der gelieferten Waare aus, führt in dieser Beziehung aber nur an, daß die Soda zu langsam schmelze, daß bei Verwendung derselben das Glas sich nicht kläre, sondern viele kleine Blasen behalte und aussehe, als wenn es von Fliegen beschmutzt sei, daß sich in einzelnen Gläsern Eisentheile, durch welche das Glas eine grüne Farbe bekomme und an Werth verliere, fänden, und daß hiernach diese Sendung zur Glasfabrikation nicht zu benutzen sei. Aehnlichen Inhalts ist das fernere Schreiben der Verklagten vom 6. Juni 1877. Davon, daß die

[1]) Vgl. jetzt d. CO. § 41 Ziff. 8.

Waare von der Probe abweiche, ist aber weder in dem einen noch in dem andern Schreiben irgendwie die Rede, und noch weniger davon, worin diese Abweichung bestehe. Es ist also, wie der Appell.-Richter mit Recht bemerkt, sehr wohl möglich, daß trotz der gerügten Eigenschaften der Waare dieselbe durchaus vertragsmäßig d. h. probemäßig war, wie denn auch die Verklagte in den Vorinstanzen nirgend behauptet hat, daß die Probe zur Glasfabrikation geeignet gewesen sei.

Unter diesen Umständen macht der Appell.-Richter sich keiner Verletzung des Art. 347 des HGB. schuldig, wenn er in dem gedachten Schreiben der Verklagten vom 2. Juni 1877 die dort dem Käufer unter dem Präjudiz der Genehmigung der Waare zur Pflicht gemachte Mängelanzeige nicht findet. Denn nach Art. 347 cit. soll dem Verkäufer davon Anzeige gemacht werden, daß die Waare sich nicht als vertragsmäßig (bzw. gesetzmäßig) ergeben hat. Es genügt daher weder, daß der Käufer nur im Allgemeinen seine Unzufriedenheit mit der Waare ausspricht, noch daß er dieselbe wegen solcher Eigenschaften bemängelt, für welche ihm der Verkäufer nicht haftet, sondern er hat die Mängelanzeige gehörig zu substantiiren und daher mindestens im Allgemeinen dem Verkäufer zu erkennen zu geben, daß er die Waare wegen nicht vertragsmäßiger Beschaffenheit beanstande:

vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 5 S. 261 ff., Bd. 7 S. 41, Bd. 10 S. 269 ff., Bd. 14 S. 66 ff. u. S. 155 ff."

Erk. des Reichsgerichts zu Leipzig (1. Sen.) v. 5. Novbr. 1879 i. S. Dürre w. Noelle u. v. Campe wegen Forderung. D.

---

66. Zu welchem Börsenpreise darf der Commissionär als Selbstcontrahent eintreten?

Vgl. die folgende Nr.

Der Kläger geht von der Annahme aus, daß unter dem Börsenpreise, zu welchem der Verkaufscommissionär als Selbstkäufer eintreten könne, an den Orten, die keine eigene Börse haben, jedesmal derjenige Preis verstanden werden müsse, welcher dort als der am maßgebenden Börsenplatz zuletzt notirte bekannt sei, und daß dieser Börsenpreis insonderheit für den betreffenden Ort so lange Geltung behalte, als nicht die Nachricht von der Feststellung eines anderweiten Curses dahin gelangt sei.

Dieser Auffassung vermag jedoch das OAG. in keiner Weise beizutreten. Vor allen Dingen hat die amtliche Feststellung der Börsenpreise überhaupt nicht den Zweck und die Bedeutung, für die Zukunft — etwa bis zur Constatirung eines andern — eine Norm betreffs der Höhe des Curses der notirten Papiere zu schaffen; vielmehr sind derartige Feststellungen nur

seine Rechenschaftspflicht auf den Nachweis beschränkt ist, daß bei dem berechneten Preise der Börsenpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrags eingehalten ist. — Dagegen folgt allerdings aus der Pflicht des Commissionärs, das Geschäft gemäß dem Auftrage auszuführen, auch dem Committenten sofort die erforderlichen Nachrichten zu geben, daß er, sobald er sich in den Stand gesetzt hat, den Auftrag in der einen oder andern Weise auszuführen, sofort wenigstens allgemeine Anzeige von Ausführung des Auftrags erstatten und damit den für den Börsenpreis, welchen er als Selbstcontrahent anrechnen kann, entscheidenden Zeitpunct fixiren muß. Unterläßt er dies und wartet er ein Steigen oder Fallen der Börsenpreise ab, erklärt er die Selbstübernahme erst, wenn inzwischen andere Börsenpreise festgestellt sind, und speculirt er in solcher Weise zum Nachtheil des Committenten, so steht seinem Anspruch die Einrede des Dolus entgegen und der Committent ist nicht gehalten, das Geschäft, bei welchem ihm der Commissionär ungünstigere Börsenpreise als diejenigen des Zeitpuncts anrechnen will, zu welchem er den Auftrag hätte ausführen sollen, für sich gelten zu lassen.

Erk. des OLG. zu Stuttgart (1. Sen.) v. 21. Febr. 1880 i. S. Schweizer w. Gais. P.

---

68. Begriff der böslichen Handlungsweise im Sinn der Art. 396 u. 427 des HGB.

Vgl. Bd. 30 Nr. 62 mit Nachw.

In einem Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) von 5. Decbr. 1879 ist in Anlehnung an gleiche Entscheidungen des ROHG. ausgesprochen worden: daß der Ausdruck „bösliche Handlungsweise" begrifflich, sowie auch nach den bei der Berathung des HGB. festgehaltenen Auffassungen (Lutz Prot. S. 4780 ff., 5112 ff., 5122) neben dem dolus nicht auch allgemein die grobe Fahrlässigkeit, sondern nur denjenigen Frevelmuth, welcher sich der rechtswidrigen Folgen seines Verhaltens bewußt sei, in sich begreife, übrigens aber ein frevelhaftes Verhalten ebensowohl in einem Unterlassen pflichtmäßigen Handelns wie in einem positiven Thun sich äußern könne.

Annalen des RG. Bd. 1 S. 409.

---

69. Ist Fracht, und welche, zu zahlen, wenn die Güter im Nothhafen wegen Seebeschädigung verkauft wurden?* — Was ist unter den in den Art. 618 und 635 des HGB. gedachten Gütern, welche durch Unfall oder Zufall „verloren" gegangen sind, zu verstehen?

Vgl. Bd. 15 Nr. 183; Bd. 24 Nr. 267. (Auch Bd. 29 Nr. 205 mit Nachw.)

. . . Die ferneren Beschwerden des Beklagten sind dagegen gerichtet, daß er durch das angef. Erk. des OG. verurtheilt ist, dem Kläger auch

für diejenigen 1981 Säcke Reis, welche der Schiffer in dem von ihm angelaufenen Nothhafen Capstadt wegen Seebeschädigung öffentlich hat verkaufen lassen, die volle Fracht von Rangoon nach Bremen zu zahlen, und daß der Kläger nicht vielmehr mit diesem Anspruch abgewiesen oder Beklagter doch nur in eine angemessene Distanzfracht für den Transport bis Capstadt oder doch mit dem Handelsgericht nur bis zum Belauf des Verkaufserlöses dieser 1981 Säcke Reis verurtheilt ist.

Diese weiteren Beschwerden sind jedoch im Wesentlichen aus den von den Parteien und den Vorinstanzen in Bezug genommenen Gründen des OAG. zu Lübeck (vgl. Kierulff Bd. 6 S. 350 ff. und Seuffert Archiv Bd. 24 Nr. 267) zu verwerfen. . . .

Es handelt sich im vorliegenden Fall um einen sich auf das Schiff im Ganzen beziehenden Frachtvertrag, und es ist ferner unter den Parteien unbestritten, daß für die Seebeschädigung der hier fraglichen 1981 Säcke Reis, durch welche der Verkauf derselben veranlaßt wurde, der Kläger als Verfrachter nicht verantwortlich ist, diese vielmehr durch höhere Gewalt (stürmisches Wetter und dadurch entstandenes Leckwerden des Schiffes) herbeigeführt war. Ebenso steht es fest, daß die Seebeschädigung und der Verkauf der 1981 Säcke Reis mit der durch das Einlaufen des Schiffes in einen Nothhafen veranlaßten großen Haverei nur in dem rein äußerlichen Zusammenhange stehen, daß das Löschen eines Theils der Ladung behufs Untersuchung des Schiffs und Vornahme der an demselben erforderlichen Reparaturen, bzw. die Unterbrechung der Reise die Gelegenheit gaben und es ermöglichten, den beschädigten Zustand der Waare zu erkennen und deren Verkauf vor Erreichung des Bestimmungshafens zu bewirken. Endlich ist vom Beklagten auch wegen der Vornahme des Verkaufs dem Schiffer nicht etwa ein Vorwurf gemacht, sondern beide Theile stimmen darin überein, daß in der That der Verkauf wegen drohender Gefahr des Verderbs der beschädigten Waare bei deren Weitertransport nach Bremen und mithin im Interesse der Befrachter resp. Empfänger erfolgt ist. Letzteres würde noch um so mehr dann der Fall sein, wenn man mit dem Handelsgericht als wahrscheinlich annimmt, daß zu befürchten gewesen sei, die Weiterbeförderung der seebeschädigten Säcke Reis werde auch die übrige Ladung gefährden. Andrerseits war aber diese Weiterbeförderung, als die Reparatur des Schiffes beschafft war und dieses mit der übrigen Ladung seine Reise fortsetzte, an sich thatsächlich ausführbar geblieben und die vom Schiffer zugezogenen Besichtiger hatten den auctionsweisen Verkauf der beschädigten Säcke in Capstadt dem Schiffer nur empfohlen.

Es lag hiernach keiner derjenigen Fälle vor, in welchen nach Art. 630 ff. des HGB. der Frachtvertrag außer Kraft tritt, oder einer der Contrahenten befugt ist, von demselben ohne Entschädigung zurückzutreten. Für den hier fraglichen, aus der voraufgegangenen Gefahr ebenfalls geretteten und durch

den Seeunfall nur beschädigten Theil der Ladung würde vielmehr Kläger als Verfrachter, wenn der Schiffer denselben nicht verkauft, sondern mit nach Bremen transportirt hätte, unzweifelhaft die volle Fracht bis dahin zu beanspruchen gehabt haben, da nach Art. 617 des HGB. der Verfrachter in der Regel nicht verpflichtet ist, die Güter, mögen sie auch verdorben oder beschädigt sein, für die Fracht an Zahlungsstatt anzunehmen, da ferner nach Art. 639 des HGB. der Aufenthalt, welchen die Reise erlitten hatte, auf die Rechte und Pflichten der Parteien an sich keinen Einfluß hat und nach Art. 640 des HGB. auch wegen der während der Reise erforderlich gewordenen Ausbesserung des Schiffes den Befrachtern nur die Befugniß zugestanden haben würde, die ganze Ladung gegen Berichtigung der vollen Fracht (und der übrigen Forderungen des Verfrachters) zurückzunehmen.

Bei der dem Schiffer schon nach Art. 478 und 479 des HGB. allgemein auch dem Befrachter und Ladungsempfänger gegenüber obliegenden Haftung für Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers und nach der speciellen Vorschrift des Art. 504 des HGB., daß der Schiffer im Interesse der Ladungsbetheiligten während der Reise zugleich für das Beste der Ladung nach Möglichkeit zu sorgen und die zur Abwendung oder Verringerung eines Verlustes erforderlichen Maßregeln als Vertreter der Ladungsbetheiligten zu treffen hat, war nun freilich der Schiffer im vorliegenden Fall, wenn — wie anzunehmen ist — der den Befrachtern aus der Beschädigung erwachsene Nachtheil sich voraussichtlich durch den sonst zu befürchtenden weiteren oder gar gänzlichen Verderb der Waare noch vermehrt haben würde, zum Verkauf in Capstadt nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, und würde nach Art. 451 und 452 des HGB. Kläger als Rheder und Verfrachter den Betheiligten für Schadensersatz haften, wenn der Schiffer dieser Verpflichtung zuwider gehandelt hätte. Für die Verbindlichkeit zur Zahlung der Fracht ist dies aber offenbar unerheblich. Denn der Schiffer handelte, indem er die beschädigten Säcke verkaufen ließ — wie im Art. 504 des HGB. hervorgehoben wird — als (gesetzlicher) Vertreter der Ladungsbetheiligten, also zunächst der Befrachter des Schiffes. Die Sache ist daher ganz ebenso zu beurtheilen, als wenn diese selbst oder durch irgend eine dritte Person den Verkauf angeordnet hätten. Zu einer solchen Disposition wären sie aber nur gegen Zahlung der vollen Fracht und gegen Zahlung bzw. Sicherstellung der auf der zu verkaufenden Waare haftenden Beiträge zur großen Haverei u. s. w. befugt gewesen, wie sich nicht nur aus Art. 583, 639 und 640 des HGB. ergiebt, sondern auch schon von selbst versteht, da kein Rechtsgrund ersichtlich ist, den Ladungsbetheiligten eine lediglich in ihrem Interesse begehrte Maßregel auf Kosten oder Gefahr des Verfrachters zu gestatten. Wenn nun aber der Schiffer als Vertreter der Ladungsbetheiligten den Verkauf von Gütern im Nothhafen statt des Weitertransports derselben wählt, so kann dies

nur in dem Sinn geschehen, daß er damit zugleich namens der Ladungsbetheiligten die Verpflichtung zur Zahlung der vollen Fracht u. s. w. stillschweigend anerkennt und übernimmt, was um so unbedenklicher angenommen werden muß, als der Schiffer in erster Linie das Interesse seines Rheders zu vertreten hat und er diesem daher nicht zuwider handeln darf und wird, Letzteres aber geschehen würde, wenn er den Anspruch seines Rheders auf die volle Fracht u. s. w. als durch den Verkauf aufgegeben oder auch nur gefährdet betrachten wollte (vgl. auch Art. 634 Abs. 2 des HGB.).

. . . Der Art. 618 des HGB., auf welchen der Beklagte sich beruft, steht dem Anspruch des Klägers auf Zahlung der vollen Fracht für die wegen Seebeschädigung verkauften Säcke Reis nicht entgegen. Dieser Artikel, welcher übrigens nicht ein leitendes Princip, sondern eine mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht übereinstimmende Specialvorschrift des Seerechts enthält, bestimmt, daß für Güter, welche „durch irgend einen Unfall verloren gegangen" sind, keine Fracht zu bezahlen ist, womit ausweise der Protocolle S. 2334 ganz allgemein hat ausgedrückt werden sollen, daß der Schiffer selbst für die durch einen von ihm nicht zu vertretenden Zufall zu Grunde gegangenen Güter keine Fracht zu beanspruchen habe. In Uebereinstimmung hiermit verfügt Art. 635 des HGB., daß der Frachtvertrag, ohne daß ein Theil zur Entschädigung des anderen verpflichtet ist, endet, insbesondere vorbehältlich gegentheiliger Bestimmungen des HGB. (Art. 619) die Fracht weder ganz noch theilweise zu zahlen ist, wenn nach Antritt der Reise die Güter durch einen Zufall verloren gehen. Als im Sinn dieser Bestimmungen „durch einen Unfall oder Zufall verloren gegangen" können nun aber solche Güter, welche, wie hier, weder aufgehört haben zu existiren, noch durch eine physische Veränderung ihre ursprüngliche Beschaffenheit eingebüßt haben, noch gänzlich entwerthet, noch dem Gewahrsam des Schiffers entzogen sind, sondern in Betreff deren der Verfrachter seinerseits zur weiteren Erfüllung des Frachtvertrages nach wie vor bereit und im Stande erscheint, bloß deshalb, weil sie durch einen Seeunfall beschädigt sind und weil sich wegen der hieraus dem Befrachter drohenden Gefahr einer weiteren Werthverringerung der Verkauf im Nothhafen statt des Weitertransports empfiehlt, schon nach dem Wortlaut nicht angesehen werden. Denn eine Waare, die als solche noch einen Werth hat und deren Verwerthung für den Befrachter möglich ist, kann nicht als „verloren" bezeichnet werden, und die durch ihren zu gedachtem Zweck vorgenommenen Verkauf bewirkte Unmöglichkeit der Ablieferung am Bestimmungsort hat ihren Grund nicht unmittelbar in einem Unfall, sondern in einer nachträglichen Verfügung des Befrachters oder seines gesetzlichen Vertreters, wobei es unerheblich ist, daß der Entschluß zu der letzteren durch den Unfall beeinflußt und veranlaßt war. Bestätigt wird diese Auslegung sodann dadurch, daß das HGB. vielfach zwischen „Verlust" und „Beschädigung" von Gütern unterscheidet

und diese einander gegenüberstellt (vgl. Art. 607, 610, 611, 612, 614 und 617), ohne irgendwie anzudeuten, daß und unter welchen näheren Voraussetzungen eine bloße Beschädigung als Verlust zu gelten habe. Auch in dem, eine Ausnahme von der Bestimmung des Art. 618 enthaltenden, Art. 619 wird unter Verlust das Aufhören der physischen Existenz der Güter verstanden. . . . Unterstützt wird diese Auslegung der Art. 618 und 635 aber auch noch durch weitere Gründe. Zunächst sprechen sich schon die Motive zu dem Art. 504 des preuß. Entwurfs, welcher dem Art. 618 zum Grunde liegt, dahin aus, daß die Frachtforderung an sich unabhängig von dem Schicksal der Ladung sei und dieser Grundsatz nur darin seine Beschränkung zu finden habe, wenn dem Schiffer die Erfüllung seiner Vorleistung — Transport der Güter nach dem Erfüllungsort — unmöglich sei, welche Voraussetzung aber nicht vorliegt, wenn nur auf Verfügung und im Interesse der Ladungsbetheiligten der Weitertransport der beschädigten Güter unterbleibt. Sodann aber würde, wenn man zu den nach Antritt der Reise durch einen Zufall verloren gegangenen Gütern, für welche die Fracht weder ganz noch theilweise zu zahlen ist, auch diejenigen rechnen wollte, welche zwar beschädigt sind, aber doch demungeachtet einen die Fracht ganz oder theilweise deckenden Verkaufswerth haben, die Vorschrift des Art. 635 mit dem im Art. 632 anerkannten Grundsatz, nach welchem selbst nicht einmal dann, wenn nach Antritt der Reise das Schiff durch einen Zufall verloren geht, der Anspruch auf Fracht gänzlich erlischt, sondern die bis dahin verdiente Fracht (Distanzfracht) zu zahlen ist soweit der gerettete Werth der Güter reicht, in einem logischen Widerspruch stehen, da mindestens insoweit der Anspruch auf Frachtzahlung noch um so mehr Anerkennung in dem Fall verdient, wenn zunächst die Ladung, also der Befrachter, durch den Unfall betroffen ist, während der Verfrachter seinerseits zur Vertragserfüllung bereit sein würde.

Auch das Handelsgericht geht davon aus, daß durch den Verkauf der beschädigten Waare derselben ein Aequivalent surrogirt sei, welches juristisch an ihre Stelle trete, so daß insoweit die Waare nicht als verloren angesehen werden könne und insoweit daher auch keine Befreiung von der Frachtzahlung eintrete. Ueber den Betrag des Netto-Provenu hinaus erachtet es aber die Waare auch als juristisch für den Empfänger verloren und daher den Art. 618 insoweit allerdings für anwendbar. Aber diese Beschränkung der Verpflichtung zur Zahlung der (vollen, nicht etwa bloß Distanz-) Fracht ist mit dem OG. als ungerechtfertigt zu verwerfen. Denn obwohl sich, soweit der erzielte Verkaufserlös den Betrag der Fracht nicht erreicht, eine gewisse Verwandtschaft mit solchen Fällen nicht verkennen läßt, wo seebeschädigte Waaren wegen ihres durch den Unfall herbeigeführten Zustandes unterwegs entweder über Bord geworfen oder im Nothhafen einfach zurückgelassen, also derelinquirt werden müssen, weil z. B. ein die

Verkaufskosten deckender Erlös nicht zu erwarten war oder ihr Verkauf im Nothhafen durch gesundheitspolizeiliche Vorschriften und dergleichen verhindert wurde oder der gemachte Versuch eines Verkaufs mißlungen, eine Verwerthung daher unmöglich gewesen war, und obwohl in diesen Fällen die Waaren allerdings als durch den Unfall verloren zu betrachten sind, so folgt hieraus doch nicht die Nothwendigkeit einer völligen rechtlichen Gleichstellung. In Fällen dieser Art setzt sich nämlich der Schiffer außer Stande, dem Befrachter die Güter oder überhaupt irgend ein Aequivalent derselben zu bieten, und sein Verfahren läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn entweder die Güter für den Befrachter gänzlich werthlos geworden sind oder ihr Weitertransport das Schiff und die übrige Ladung oder doch die letztere gefährdet, wonach dann zu entscheiden ist, ob dem Verfrachter ein Anspruch auf Fracht geblieben ist oder er diese etwa in großer Haverei ersetzt verlangen kann. In dem hier vorliegenden Fall, wo der Verkauf aus solchen Gründen nicht nothwendig, sondern — und zwar im Interesse der Befrachter — dem Weitertransport und der durch denselben zu ermöglichenden Ablieferung der Waare selbst am Bestimmungsort nur vorzuziehen war, würde es als willkürlich erscheinen, die verkauften Güter je nach dem Verhältniß ihres Erlöses zu der auf den Gütern haftenden Fracht, welches ein ganz zufälliges ist und mit dem Grade der Entwerthung der Güter durch die Seebeschädigung an sich in keinerlei Zusammenhang steht, theilweise für „verloren" und theilweise für „nicht verloren" zu erachten. Dieselbe Sache kann nur entweder als verloren oder aber als nicht verloren angesehen werden.

Mit Recht ist übrigens vom OG. und in dem oben allegirten Erkenntniß des OAG. zu Lübeck auch noch auf die Analogie der Bestimmung des Art. 619 des HGB. hingewiesen, nach welcher selbst der völlige Untergang der Güter, welcher in Folge ihrer natürlichen Beschaffenheit eingetreten ist, den Anspruch auf Fracht unberührt läßt, da anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber eine entsprechende nähere Bestimmung getroffen haben würde, wenn er davon ausgegangen wäre, daß dies sich anders verhalten solle, falls der innere Verderb, welchem die Güter schon ihrer natürlichen Beschaffenheit nach ausgesetzt sind, durch einen Seeunfall nur befördert ist. . . .

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (2. Sen.) v. 13. Novbr. 1878 in einer bremischen Sache. Entsch. des ROHG. Bd. 25 S. 6 ff.

---

70. Der Begriff der großen Haverei wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Schäden vor Antritt der Reise oder vor Vollendung der Abladung eintraten.

Vgl. Bd. 6 Nr. 245; Bd. 27 Nr. 250; Bd. 35 Nr. 154.

. . . „Der Appell.-Richter will Schäden und Kosten, möchten sie auch an sich zur großen Haverei gehören, dann als solche nicht gelten lassen,

wenn zur Zeit ihres Eintritts die Ausreise noch nicht angetreten oder doch die Abladung noch nicht vollendet gewesen. Aber für die Anwendbarkeit des für die große Haverei maßgebenden Gedankens, daß die außerordentlichen, zur Abwendung gemeinsamer Gefahr von Einem oder Mehreren gebrachten Opfer billig von allen Betheiligten gleichmäßig zu übernehmen seien, ist der Antritt der Ausreise wie die Vollendung der Abladung unerheblich. Wird auch bei der avarie grosse meist an Unfälle während der Reise gedacht, so können doch auch im Abladehafen, vor beendigter Abladung, zur Abwendung einer gemeinschaftlichen Gefahr dem Schiff oder der Ladung Schäden zugefügt oder Kosten aufgewendet werden müssen: z. B. die Kosten der Abbringung eines durch Unwetter oder Hochwasser auf den Strand geworfenen, halb beladenen Schiffs, oder das Opfern von Ankern und Tauen zur schleunigen Flucht vor Feuersgefahr, die Beschädigung des Schiffs oder der Ladung zur Löschung eines im Schiffe entstandenen Brandes u. s. w. Ein innerer Grund, derartige Fälle von der Anwendung der Regeln der großen Haverei auszuschließen, liegt nicht vor. Es fragt sich daher, ob eine positive Rechtsvorschrift sie ausschließt.

Vor der Emanation des HGB. hat ein Erk. des OAG. zu Lübeck vom 19. Juli 1851:

Samml. der Entsch. in bremer Sachen Bd. 3 S. 126; auch in Seuffert Archiv Bd. 6 Nr. 245,

betreffs der Kosten des Aufenthalts im Abladehafen nach vollendeter Abladung wegen Kriegsgefahr, ausgesprochen, daß die Doctrin wie die meisten Gesetzgebungen nicht so weit gegangen seien, vor angetretener Reise und in Fällen, wo der Schiffer sich bloß nicht in eine Gefahr begebe, schon eine große Haverei anzunehmen. Ob und wie weit diese Ansicht dem damaligen Seerecht entspricht, bedarf hier keiner Entscheidung; sie wird jedenfalls dem anfechtbar erscheinen, welche in der lex Rhodia ein allgemeines, über den Seeverkehr hinausreichendes Princip erkennen:

z. B. Glück Commentar Bd. 14 S. 233, 234; Holzschuher Civilr. 2. Aufl. Bd. 3 S. 883; Windscheid Pand. § 403.

Im Anschluß an das preuß. allg. LR. (Thl. II Tit. 8 §§ 1766 u. 1767), wonach die Gemeinschaft zwischen Schiff und Ladung, welche die Uebertragung der beide zugleich treffenden Gefahr und Kosten begründet, in Ansehung eines jeden Stücks Waare mit dessen Beförderung über den Bord des Hauptschiffs beginnt, nicht aber von dem Antritt der Ausreise oder von der Vollendung der Abladung abhängig gemacht ist, hat auch der preuß. Entwurf zum HGB. eine derartige Beschränkung nicht gegeben. Und die Motive gewähren Anhalt dafür, daß sie nicht gewollt ist. Zu der Bestimmung des Art. 559 nämlich, wonach die Aufenthaltskosten als große Haverei gelten sollen, wenn das Schiff zur Vermeidung gemeinsamer Kriegs-

gefahr in einem andern als dem Abladehafen liegen bleiben müsse, bemerken die Motive: für das Liegenbleiben im Abladehafen selbst könne dasselbe nicht gelten; denn nach den Vorschriften des Entwurfs löse die Kriegsgefahr die Gemeinschaft zwischen Schiff und Ladung; folglich könne erstere nicht als ein gemeinsam zu tragendes Unglück angesehen werden.

Vgl. Motive S. 308.

Der Umstand also, daß im vorausgesetzten Fall die Kosten vor Antritt der Reise aufgewendet worden, ist den Motiven für den Ausschluß großer Haverei nicht von Bedeutung gewesen. Aus den Verhandlungen zu dem Art. 559 ist ferner zu entnehmen, daß auch die Hamburger Conferenz diesen Umstand nicht als wesentlich erachtet hat. Denn wiederholt ist davon die Rede, daß große Haverei schon während des Aufenthalts im Abladehafen eintreten könne, ohne daß ein Mitglied Einspruch erhoben hätte.

Vgl. Prot. S. 2674—77, insbes. 2676.

Demgemäß hat denn auch der Art. 702 des HGB. eine Fassung erhalten, welche vermöge ihrer Allgemeinheit die dort bezeichneten Schäden und Kosten auch dann zur großen Haverei weist, wenn sie noch im Abladehafen eingetreten. — Dafür spricht auch die Vorschrift des Art. 637, nämlich der Passus desselben: „auch wenn die Erfordernisse der großen Haverei nicht vorliegen sollten". Dieser Passus wäre widersinnig, wenn Schiff und Ladung von großer Haverei im Abladehafen rechtlich überhaupt nicht betroffen werden könnten. Der Appell.-Richter freilich versucht ihn nur auf den „Zwischen- und Nothhafen" zu beziehen; aber der Artikel giebt hierfür einen Anhalt, und die Berathungsprotocolle (S. 2676/77) zeigen, daß die hervorgetretenen Bedenken gegen die Einrechnung der im Art. 637 aufgeführten Kosten in die große Haverei mit der hier streitigen Frage in keinem Zusammenhang stehen.

Daß in den einleitenden Bemerkungen über Haverei (Prot. S. 2632) von den Opfern „auf einer Seereise" gesprochen ist, kann der Appell.-Richter schon deshalb nicht für seine Meinung anrufen, weil mit jenen Bemerkungen der Begriff der großen Haverei nicht präcisirt werden sollte.

Auch von den fremden Seerechten, auf welche das Appell.-Urtheil sich gleichfalls beruft, kann nicht anerkannt werden, daß sie durchgängig große Haverei nur dann annehmen, wenn die Seereise bereits begonnen habe." — Dies wird bezüglich des holländischen, englischen und nordamerikanischen, französischen und spanischen Rechts näher nachgewiesen und dann fortgefahren:

„Endlich die von dem Congreß der Gesellschaft für die Reform und Codification des Völkerrechts angenommenen Regeln der großen Haverei enthalten ebenfalls nicht die vom Appell.-Richter vertretene Beschränkung.

Wenn der Beklagte zu ihren Gunsten geltend macht: die der Seefahrt eigenthümliche Interessengemeinschaft setze eine dauernde und gesicherte rechtliche Verbindung zwischen Schiff und Ladung, also die Ausführung des Transportvertrags voraus, weil vor dieser der Befrachter gegen Entschädigung zurücktreten könne, der Schiffer aber die ihm während der Reise zukommende und obliegende Rechtsstellung als Vertreter der Ladungsinteressenten noch nicht habe, — so können auch diese Argumente nicht anerkannt werden: die allerdings wesentliche Gemeinschaft der Interessen und der Gefahr tritt schon mit der Einladung des Guts in das Schiff ein, und wie der Schiffer bereits vor Antritt der Reise für die Sicherheit nicht allein des Schiffs, sondern auch der Ladung zu sorgen hat (vgl. Art. 607 des HGB.), so erscheint er auch im Abladehafen so berechtigt als verpflichtet zu geeigneten Maßnahmen zwecks Abwendung gemeinschaftlicher Gefahr.

Hiernach ist die Ansicht, daß große Haverei den Antritt der Ausreise voraussetze, rechtsirrthümlich; nicht minder die andere, daß sie vollendete Abladung erfordere.

Auch betreffs dieser zweiten Ansicht genügt es auf den Grund der Contribution zu großer Haverei und auf die Fassung des Art. 702 des HGB. zu verweisen. Zu ihren Gunsten folgt nichts aus dem Art. 718 und nichts aus den Berathungsprotocollen. Wenn S. 2410 betreffs der Wartezeit im Abladehafen wegen Verfügung von hoher Hand u. s. w. darauf Gewicht gelegt wurde, ob die Abladung bereits vollendet gewesen, so übersieht der Appell.-Richter, daß der dort ausgesprochene Satz: „vor der Vollendung der Abladung sei die Gemeinschaft zwischen Schiff und Ladung nicht vorhanden" sich auf die ganze Ladung bezieht und gegenüber dem Vorschlage, die ganze vom Schiffer einzunehmende Ladung nach ihrem Werth zu den Aufenthaltskosten heranzuziehen, die Regel vertrat, daß die Contributionspflicht nicht weiter reichen dürfe als die Gemeinschaft, also auf dem noch nicht eingenommenen Theil der Ladung nicht ruhe.

Die fremden Seerechte enthalten, wenigstens zum großen Theil, die vom Appell.-Richter vertretene Beschränkung nicht. . . .

Auch die von dem Congreß für die Reform und Codification des Völkerrechts angenommenen Regeln in Betreff der großen Haverei enthalten nicht die Bestimmung, daß die Abladung beendigt sein müsse." . . .

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 28. Febr. 1879 in einer preuß. Sache. Vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 25 S. 138 ff.

71. Gehören die Beschädigungen, welche beim Löschen eines Brandes im Schiff durch Wasser an Schiff oder Ladung entstehen, und zwar auch die Wasserschäden an schon angebrannten Gegenständen zur großen Haverei?

Diese Frage wurde streitig, als ein mit einer Guanoladung in Hamburg anlangendes Schiff wegen der beim Löschen eintretenden Entzündung der bereits erhitzten Ladung versenkt werden mußte und nach der Wiederhebung des Schiffs 1691 durch Feuer und Wasser und 2043 durch Wasser allein beschädigte Säcke Guano vorgefunden wurden. Die Ladungsempfänger wollten diesen Gesammtschaden in Havariegrosse bringen, während der Schiffer überall nur Particulärhavarie anerkennen wollte. In höchster Instanz ward ausgesprochen:

. . . „Das OG. hat den Wasserschaden an allen zur Zeit der Feuerlöschung noch am Bord des Schiffes befindlich gewesenen 3734 Säcken Guano, sowohl an den durch Feuer schon betroffenen als an den von demselben unberührt gebliebenen, als in Havariegrosse gehörig behandelt, während das Handelsgericht den Wasserschaden an den durch das Feuer berührten 1691 Säcken Guano für particuläre Havarie erachtet hat.

Für die hiernach zur Entscheidung stehende Frage findet sich in den Art. 702—735 des HGB. keine speciell zutreffende Bestimmung. Man muß mithin auf die über die Havariegrosse geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückgehen. — Soweit die Nachforschungen reichen, besteht auch nicht etwa eine den fraglichen Gegenstand betreffende feste Praxis der deutschen Dispacheure; ebensowenig sind Rechtssprüche deutscher Gerichtshöfe über denselben nachweislich."

Nach einer Erörterung über die Behandlung dieser Frage nach englischem Seerecht fahren die Entscheidungsgründe fort:

„Folgende Erwägungen führen bei Zugrundelegung des deutschen Seerechts darauf hin, 1. daß beide Vorinstanzen begründeterweise den an den vom Feuer verschont gebliebenen Säcken Guano verursachten Wasserschaden in Havariegrosse haben bringen lassen und 2. daß das OG. mit Recht die gleiche Entscheidung auch in Betreff der von Feuer und Wasser beschädigten Säcke getroffen hat.

1. Die Annahme, welche in England dazu geführt hat, den durch Löschwasser bewirkten Schaden an Ladungstheilen als Particulärhavarie zu behandeln — dahin gehend, daß man bezüglich solcher Gegenstände, welche als schon verloren oder doch als zweifellos dem Untergange verfallen anzusehen gewesen seien, keine Vergütung in Havariegrosse zu gewähren habe — ist unhaltbar. Alles dasjenige, was in dem Zeitpunct, wenn zur Havariegrosse-Handlung geschritten wird, an Gegenständen des Schiffs und der Ladung vorhanden ist, muß, soweit es durch jene Handlung aufgeopfert oder beschädigt wird, bei der Havariegrosse-Regulirung

berücksichtigt werden, (selbstverständlich — wie auch in Art. 715 des HGB. vorgesehen ist — nach dem Werth, den es zur Zeit der Havariegrosse-Handlung hatte, also unter Berücksichtigung eines etwa schon vorher eingetretenen Particulärschadens). Ob das Aufgeopferte und im Werth Verminderte ohne die zur Anwendung gebrachte Rettungsmaßregel mit dem übrigen Theil der Gesammtheit des Gefährdeten untergegangen sein würde, ist ganz unerheblich. Ueberdies schließt die Möglichkeit, durch Aufopferung einzelner Theile der Gesammtheit auch die zunächst und besonders bedrohten Theile derselben zu retten, die Gewißheit des im anderen Fall anzunehmenden Unterganges der letzteren aus, und es liegt im Wesen der Havariegrosse, daß selbst das Aufgeopferte, obschon es ohne die Rettungsmaßregel als untergegangen und werthlos anzusehen sein würde, als Mittel der Rettung der übrigen Theile der Gesammtheit Werth behält. — Die hier bekämpfte Auffassung würde, allgemein durchgeführt, zur Vernichtung des Havariegrosse-Princips führen.

2. Maßregeln, welche zur Errettung aus einer gemeinsamen Gefahr von Schiff und Ladung unternommen werden (Art. 702), sind ihrem rechtlichen Charakter nach wesentlich verschieden von Maßregeln, welche nur dazu bestimmt sind, einzelne Theile des Schiffs oder der Ladung gegen Untergang oder Entwerthung zu sichern. Jene gehören zur Havariegrosse, diese führen zur Particulärtragung. — Es ist rechtlich ohne Erheblichkeit, daß Maßregeln der ersteren Art in der Regel auch dazu geeignet sind, gefährdete oder schon beschädigte einzelne Gegenstände vor Untergang oder weiterer Entwerthung zu sichern. Diese letztere Wirkung ist nicht der Zweck, sondern eine nur secundäre Folge der Maßregel. . . . Das geltende Recht läßt die Havariegrosse-Folgen in Betreff aller Gegenstände des Schiffs und der Ladung nach dem Werth, welchen sie zur Zeit der rettenden Handlung haben, dann eintreten, wenn eine solche in der erstbezeichneten Absicht ergriffen worden ist, und hieraus ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß die OG.-Entscheidung das Richtige getroffen hat.

Auf die in den Acten mitberührte Erwägung, daß — in specieller Beziehung auf einen im Innern eines beladenen Schiffs ausbrechenden Brand — eine zur Rettung des Ganzen unternommene Feuerlöschung muthmaßlich mit geringerer Schonung der in Brand gerathenen Gegenstände ausgeführt werden wird, als diejenige sein würde, welche bei einer Speciallöschung Anwendung fände, kommt es zufolge des Vorstehenden nicht an.

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 28. März 1879 in einer hamburger Sache. Entsch. des ROHG. Bd. 25 S. 93 ff.

72. Widerklage des Acceptanten gegen den Wechselinhaber auf Rückgabe der Wechselsumme, gestützt auf das Nichtvorhandensein eines Begebungsvertrags.

Vgl. Bd. 12 Nr. 67, 297; Bd. 16 Nr. 240; Bd. 21 Nr. 71; Bd. 35 Nr. 71.

In dem Erkenntniß 2. Instanz war festgestellt: Der Widerbeklagte hatte den in der Vorklage gegen den Widerkläger als Acceptanten eingeklagten Wechsel, der mit dem Blancoindossament von L. sen. versehen war, in der Weise in seinen Besitz bekommen, daß ihm ein gewisser D. denselben namens des L. sen. zum Kauf für 440 ℳ angeboten; er hatte entgegnet, D. möge den L. sen. zu ihm schicken, er werde mit demselben die Angelegenheit erledigen, da er von ihm zu fordern habe; D. war hiermit einverstanden gewesen, nachdem der Widerbeklagte erklärt hatte, nur wenn L. sen. zu ihm komme, wolle er den Wechsel übernehmen, und hatte ihm D. den Wechsel nach diesen Verhandlungen belassen. Die Klage des Widerklägers auf Rückzahlung der dennoch ausgeklagten Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten wurde für begründet erachtet. In den Gründen heißt es:

„Da der Widerkläger den Wechsel acceptirte, hat er das Recht und das Interesse, nur an einen berechtigten Wechselgläubiger Zahlung zu leisten, und da er die Activlegitimation des Widerbeklagten als Klägers in der Vorklage nicht bestritten, sondern unter Anerkennung seiner Wechselunterschrift diese Frage zum Gegenstand seiner sofort eingebrachten Widerklage gemacht hat, steht es ihm zu, nunmehr im ordentlichen Proceß das Dasein der Activlegitimation des Widerbeklagten zu widerlegen. — Diese Widerlegung ergiebt sich aus dem oben ausgezogenen Inhalt der Acten. . . . Denn darnach wurde dem Widerbeklagten der Wechsel nicht begeben, sondern die angebotene Begebung mittels Kaufs von ihm abgelehnt, dennoch der factische Besitz des Wechsels von ihm behauptet und dieser rein factische Besitz nachher zur Einklagung des Wechsels benutzt. Nun wird zwar, wenn der Wechsel in blanco indossirt ist, der factische Inhaber desselben auch als rechtlicher Inhaber und Indossatar legitimirt, aber nur vermittels einer Präsumtion, die durch Gegenbeweis entkräftet werden kann; die wirkliche Gläubigerschaft auch des Blancoindossatars hängt von dem Act der Uebertragung oder Begebung des Wechsels, also von dem Willen des vorhergehenden Gläubigers ab, die Wechselrechte auf den Blancoindossatar zu übertragen:

WO. Art. 9, 12; vgl. Borchardt allg. d. WO. 7. Aufl. Zus. 258, Zus. 431 Nr. 14 S. 195, Zus. 441 Nr. 11 S. 204, Zus. 442[b] S. 206, Zus. 448 S. 210."

Die von dem Widerbeklagten verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde wurde aus folgenden Gründen verworfen:

„Der Begebungsvertrag, durch welchen allein der Inhaber eines Wechsels Wechselgläubiger wird, setzt voraus, daß der Wechsel mit dem Willen

des Hingebenden, die Rechte daraus zu übertragen, und mit dem Willen des Empfängers, die Rechte daraus zu erwerben, ausgeliefert worden sei. Spricht auch die Thatsache der Innehabung des Wechsels für einen solchen Vorgang, so kann doch im Wege des Gegenbeweises dargethan werden, daß eine Begebung nicht stattgefunden habe, mithin der Besitzer nicht Eigenthümer geworden sei:

vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 19 S. 49 und die Citate im angefochtenen Urtheil.

Es ist nun aber aus dem eigenen Geständniß des Widerbeklagten thatsächlich festgestellt, daß der mit dem letzten Blancoindossament des L. sen. versehene Wechsel zwar dem Widerbeklagten zum Kauf angeboten worden, eine wirkliche Uebertragung aber nicht zu Stande gekommen ist, weil der Widerbeklagte erklärte, den Wechsel, welchen er an sich behalten, nur nehmen zu wollen, wenn L. sen. zu ihm kommen würde, um mit ihm die Angelegenheit zu erledigen — was unbestritten nicht geschehen ist.

Mit dieser Feststellung ist es verneint, daß der Widerbeklagte durch einen Begebungsvertrag das Recht aus dem Wechsel erworben habe und zur Wechselklage legitimirt sei, und ist es ein Irrthum, wenn dem angefochtenen Urtheil vorgeworfen wird, es berücksichtige eine dem Recht eines Dritten entnommene Einrede.

Der Wechselklage gegenüber ist das Vorbringen des Beklagten die Einrede des dolus, dessen der Kläger sich dadurch schuldig gemacht, daß er aus einem Wechsel klagt, obgleich er denselben niemals rechtlich erworben hat:

vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 25 S. 66, 67.

Wäre es sodann auch richtig, daß D., der Ueberbringer des Wechsels, sich mit dem Vorhaben des Widerbeklagten einverstanden erklärt habe, daß er sich mit dem Blancoindossatar L. verständigen wolle, so würde daraus doch keine Erwerbung des Wechselrechts folgen; denn es wird nicht behauptet, daß eine solche Verständigung, unter deren Voraussetzung der Wechsel im Besitz des Widerbeklagten gelassen wurde, erzielt worden sei.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 9. Decbr. 1879 i. S. Fischer w. Wagner wegen Wechselforderung. D.

---

73. Verpflichtung des zahlenden Trassaten zur Prüfung der Legitimation des Präsentanten. Vindication des an einen Unberechtigten bezahlten Wechsels durch den Eigenthümer desselben; Verhältniß des Art. 74 zum Art. 36 der WO.

Vgl. Bd. 3 Nr. 93; Bd. 7 Nr. 346, 347; Bd. 14 Nr. 58; Bd. 19 Nr. 59; Bd. 25 Nr. 274; Bd. 34 Nr. 236.

Ein von dem Bankhause D. in Philadelphia auf das Bankhaus St. in Stuttgart am 8. Novbr. 1878 gezogener Sichtwechsel über 4000 M.

welcher dem Remittenten und Eigenthümer H. ohne dessen Schuld entwendet worden war, kam am 25. Novbr. 1878 durch einen Unbekannten zur Präsentation bei dem Stuttgarter Bankhause. Das Stuttgarter Haus hatte für diesen Wechsel, wie schon für 5 vorangegangene auf dieselbe Ordre lautende Wechsel, von dem amerikanischen Hause Avis und Deckung erhalten, und es trug der in Function stehende Kassenbeamte kein Bedenken, den Wechsel, welcher auf seiner Rückseite die nachgeahmte Quittung des Remittenten trug, einzulösen, ohne über die Wahrheit der Angabe des Präsentanten, daß er der Remittent sei, oder über die Echtheit der Quittung eine Erhebung gemacht oder Ausweis verlangt zu haben. Die eingeleitete Criminalunterſuchung lieferte über den Urheber des Diebstahls und Betrugs und über die Person des Präsentanten kein Ergebniß. Der Remittent erhob gegen das Bankhaus St. die Eigenthumsklage auf Herausgabe des Wechsels. Dieser in 1. Instanz abgewiesenen Klage wurde oberstrichterlich entsprochen und das Bankhaus zur Ausfolge des Wechsels verurtheilt, mit folgender Begründung:

Nach allgemeinen Grundsätzen kann der Eigenthümer eines Wechsels denselben von jedem Besitzer, nicht bloß von demjenigen, welcher den Wechsel in bösem Glauben erworben hat, sondern auch von dem gutgläubigen Besitzer vindiciren (Entsch. des OAG. zu Lübeck vom 20. Juli 1847 in diesem Archiv Bd. 3 Nr. 93). Eine abweichende Bestimmung enthält allerdings der von abhanden gekommenen Wechseln redende Art. 74 der WO., welcher besagt, daß der nach den Bestimmungen des Art. 36 (d. h. durch eine fortlaufende Reihe von Indossamenten) legitimirte Besitzer eines Wechsels nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden könne, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben habe oder ihm bei Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last falle. Allein dieser Satz kommt nicht auch demjenigen zu Statten, der den Wechsel nicht durch Indossament erworben, sondern in Folge einer Zahlung quittirt ausgehändigt erhalten hat. Hierauf weist schon die Entstehungsgeschichte des Art. 74 hin, welcher in dem der Berathung der a. d. WO. zu Grunde liegenden preußischen Entwurf nicht enthalten war. Das erwähnte Urtheil des OAG. zu Lübeck vom 20. Juli 1847 veranlaßte zwar in der 22. Sitzung der Leipziger Wechselconferenz die hamburgischen Deputirten „im Interesse der Sicherheit des Wechselverkehrs" zu dem Antrage, die Vindication gegen den Besitzer, welcher den Wechsel mit richtigem Titel und in gutem Glauben erworben habe, als unstatthaft auszuschließen. Allein von anderer Seite wurde bemerkt, die Bestimmung würde in das Civilrecht gehören. Und es wurde die Frage, ob über die Vindication gestohlener oder verlorener Wechsel etwas bestimmt werden wolle, damals verneint (Thöl Protocolle S. 152, 153). Zufolge eines späteren Antrags des österreichischen Abgeordneten in der 31. Sitzung wurden dagegen hinsichtlich der Vindication

von Wechseln, welche durch falsche Indossamente in dritte Hände gekommen sind, zwei Beschlüsse gefaßt, welche, von der Commission redigirt, den nunmehrigen Art. 74 bilden (Thöl Protocolle S. 243, 244, 255). Daß der Art. 74 sich nur auf das Verhältniß des Eigenthümers zum dritten Besitzer des Wechsels bezieht, dagegen dem eigenen Auctor gegenüber den Besitzer eines Wechsels nicht schützt, ist ausgesprochen in dem Urtheil des Stuttgarter OTr. vom 5. Juni 1860 (Württemb. Archiv f. Recht und Rechtsverw. Bd. 5 S. 272). Der Art. 74 bezieht sich aber, wie nach seiner Entstehung so nach seinem Wortlaute, auch nur auf denjenigen dritten Besitzer des Wechsels, auf welchen durch eine fortlaufende Reihe von Indossamenten der Wechsel übertragen wurde. Eine analoge Anwendung dieser singulären, zu Gunsten des Indossatars gegebenen Bestimmung auf denjenigen, der nicht den Wechsel als Träger der Forderung, also nicht das Recht aus dem Wechsel erwerben, sondern den Wechsel zahlen (tilgen) will, ist unzulässig.

Da hiernach die Vindicationsklage an sich begründet ist, so hat die Beklagte einredeweise darzuthun und zu beweisen, daß der Kläger das Eigenthum an dem Wechsel verloren, bzw. daß die Beklagte das Eigenthum an demselben erworben habe. Dieser Beweis kann durch die Thatsache für sich, daß die Beklagte den nicht indossirten Wechsel, in Beziehung auf welchen nur der Kläger als Remittent legitimirt war, an einen unbekannten Präsentanten bezahlt und von diesem den Wechsel quittirt ausgehändigt erhalten hat, nicht erbracht werden. Es bedarf, um das Eigenthum des Klägers an dem Wechsel als erloschen anzunehmen, des Beweises einer rechtsgültigen Zahlung, in welcher Beziehung Folgendes zur Erwägung kommt.

Der allgemeine Grundsatz, daß eine Zahlung rechtsgültig nur an den zur Empfangnahme der Zahlung Berechtigten erfolgen kann, gilt auch für den Wechselverkehr. Der Zahler eines Wechsels hat daher, abgesehen von dem Fall eines Blancoindossaments, bei welchem eine solche Prüfung nicht möglich ist, die Identität des Präsentanten mit der Person des auf dem Wechsel genannten Inhabers zu prüfen. Daß insbesondere auch die a. d. WO. auf diesem Standpunct steht, ergiebt sich aus Folgendem. In der 14. Sitzung der Leipziger Wechselconferenz (Thöl Protocolle S. 75) wurde der Antrag gestellt, „dem Bezogenen in einem Zusatz zu Art. 36 der WO. das Recht einzuräumen, von einem ihm unbekannten Präsentanten einen Ausweis über seine Person zu verlangen". Als gegen die Aufnahme einer solchen Bestimmung Bedenken hinsichtlich der Fassung erhoben wurden, wurde der Antrag zurückgezogen, jedoch nur, wie Brauer (der großherzoglich badische Abgeordnete) in seiner WO. 2. Aufl. S. 86 sagt, weil man der Ansicht war, daß „die Bestimmung sich von selbst verstehe". Auf die Verpflichtung zur Prüfung der Identität weist sodann der Umstand hin, daß der Art. 36 der WO. nur denjenigen Inhaber eines indossirten

Wechsels als dessen legitimirten Eigenthümer anerkennt, bis auf welchen eine zusammenhängende Reihe von Indossamenten heruntergeht. Dies deutet an, daß nur ein derartiger Inhaber in seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Wechsels Zahlung fordern kann und daß also an einen andern Inhaber, der sich im berechtigten Besitz des Wechsels nicht befindet, Zahlung nicht zu leisten ist. Die Pflicht zur Prüfung der Identität ist ferner eine nothwendige Folge davon, daß der Wechsel kein Inhaberpapier ist, Wechsel au porteur nach der WO. ausgeschlossen sind (WO. Art. 4 Ziff. 3; Thöl Protocolle S. 12). Käme es auf die Identität nicht an, so wären, wie Thöl (Wechselrecht 4. Aufl. § 130 N. 33) sagt, alle Wechsel Wechsel an Inhaber. Was gegen die Verpflichtung zur Prüfung der Identität angeführt wird, die Rücksicht auf die Leichtigkeit des Wechselverkehrs, ist um so weniger entscheidend, als dieser Rücksicht die Rücksicht auf die Sicherheit des Gläubigers gegenüber steht. Richtig ist zwar, daß dem Bezogenen, welcher den Wechsel, statt ihn zu bezahlen und ihn sich quittirt aushändigen zu lassen, durch Indossament auf sich übertragen läßt, der Art. 74 der WO. zu Statten kommen würde. Allein die Möglichkeit, daß dies geschieht, rechtfertigt es nicht, für den Fall, daß nicht dies, sondern jenes geschieht, die Verpflichtung zur Prüfung der Identität einzuschränken.

Kuntze im Archiv f. Wechselr. Bd. 12 S. 16; Löhr Centralorgan Bd. 2 S. 263 ff.; Archiv f. Wechselr. Bd. 2 S. 170, Bd. 12 S. 12 u. 13; Volkmar u. Löwy S. 150 Ziff. 1 u. S. 156 Ziff. 4; Thöl 4. Aufl. § 130 S. 514.

Unrichtig ist auch die Aufstellung der Beklagten, daß der Zahler eines Wechsels die Echtheit der Quittung, durch welche der Präsentant des Wechsels seine Ermächtigung zur Empfangnahme der Zahlung nachweisen will, nicht zu prüfen habe. Aus der in Art. 36 der WO. statuirten Singularität, daß der Zahlende die Echtheit der Indossamente zu prüfen nicht verpflichtet ist, folgt nicht, daß eine einem Wechsel beigesetzte unechte Quittung die Wirkung einer echten Quittung hat. Was für das Indossament gilt, gilt nicht auch für die Wechselquittung. Wenn auch nach Art. 296 des HGB. in der Regel der Ueberbringer einer Quittung für ermächtigt gilt, die Zahlung in Empfang zu nehmen, so ist doch hierbei selbstverständlich vorausgesetzt, daß die Quittung echt ist, daß sie vom Gläubiger oder einem zu seiner Vertretung Befugten herrührt.

Würde man übrigens auch davon ausgehen, daß die Beklagte nur dann zur Herausgabe des Wechsels verpflichtet sei, wenn sie bei der Zahlung des Wechsels sich eine grobe Fahrlässigkeit habe zu Schulden kommen lassen, so ist die Klage gleichwohl begründet. Daß ein sorgfältiger Geschäftsmann einen Wechsel von einem ihm fremden Menschen nicht kaufen wird, ohne Schritte zu thun, um sich von der Identität des Verkäufers mit der Person des letzten Erwerbers zu überzeugen, ist in dem Urtheil des OTr. zu Stuttgart vom 29. April 1871 ausgesprochen (Württemb. Archiv Bd. 14

S. 408; Goldschmidt Zeitschrift Bd. 4 S. 167). Und ebenso wird ein sorgfältiger Kaufmann einen, wenn auch avisirten, Wechsel nicht an einen ihm fremden Präsentanten bezahlen, ohne Schritte zu thun, um sich Ueberzeugung davon zu verschaffen, daß der Präsentant der legitimirte Inhaber des Wechsels sei, oder daß die bereits auf dem Wechsel befindliche Quittung echt sei. Begnügt sich der Zahlende, wie im vorliegenden Fall geschehen ist, mit der einfachen Behauptung des Präsentanten, daß er der Remittent sei, so ist von seiner Seite nichts geschehen, um sich jene Ueberzeugung zu verschaffen. Wer aber der durch nichts begründeten Versicherung eines Unbekannten traut, kann dem Vorwurf grober Fahrlässigkeit sich nicht entziehen, und es gereicht ihm die Berufung darauf, daß andere Geschäftsleute in Deutschland ebenso verfahren, zu keiner Entschuldigung.

Erk. des OLG. zu Stuttgart (1. Sen.) v. 5. Febr. 1880 i. S. H w. St. P.

---

74. Auch die Aushändigung des unquittirten Wechsels liefert den Beweis der Zahlung.

Vgl. Bd. 16 Nr. 243.

Nach Art. 39 der WO. ist der Wechselschuldner nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet. Daraus folgt jedoch nicht, daß der Wechselschuldner, um sich den Beweis der geschehenen Zahlung zu sichern, Quittung verlangen müsse; er kann sich auch mit der bloßen Ausantwortung des Wechsels begnügen.

Vgl. Thöl Protocolle der d. Wechselconferenz S. 78.

Nun steht im vorliegenden Fall fest, daß der fragliche, an eigene Ordre ausgestellte, Wechsel von dem Trassanten (dem Kläger) an den Acceptanten (den Beklagten) zurückgegeben worden ist, und es behauptet der Erstere nicht, daß er den Wechsel vor Verfall an einen Dritten in blanco indossirt und demnächst wieder erworben habe. Seine Namensunterschrift auf der Rückseite muß daher so lange als Empfangsbescheinigung über die Wechselsumme gelten, bis Kläger zu beweisen im Stande ist, daß der Rückgabe des Wechsels andere Bedeutung beizumessen sei. Nicht die Zahlungseinrede des Beklagten ist dann illiquide, sondern die derselben entgegengesetzte Replik des Klägers, und nicht jener, sondern dieser ist mit seinem bezüglichen Vorbringen zum besonderen Verfahren zu verweisen.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 17. Febr. 1880 in einer hessen darmstädt. Sache. Annalen Bd. 1 S. 410.

---

75. Präsentation und Protestirung eines domicilirten Wechsels an dem inzwischen veränderten Wohnort des Domiciliaten ist unwirksam.

Vgl. Bd. 32 Nr. 352.

Der Wechsel war domicilirt: „zahlbar in Prag bei C." (dem Trassanten). Der Trassant und Domiciliat siedelte hernach über nach Smichow, und hier, nicht in Prag, wurde am Verfalltage der Wechsel präsentirt und mangels Zahlung protestirt. Der auf Zahlung belangte Acceptant B. entnahm daraus eine Einrede und fand damit Gehör. Die in 3. Instanz gebilligten Entscheidungsgründe des 2. Richters besagen:

Der Wechsel war in Prag zahlbar und war daher Präsentation und Protesterhebung in Prag zu veranlassen, wie dies aus der bestimmten Anordnung der WO. Art. 43 deutlich hervorgeht . . ., und wie dies auch aus der Bestimmung des Art. 24 das. gefolgert werden muß, der zufolge das Wahre des Begriffs eines Domicilwechsels nicht in der Benennung einer vom Bezogenen verschiedenen Person, durch welche die Zahlung erfolgen soll, sondern eben nur in der Angabe eines vom Wohnort des Bezogenen verschiedenen Zahlungsorts gelegen ist. Wenn der Domiciliat zur Verfallzeit nicht an dem bestimmten Zahlungsort wohnt, so wird hierdurch der Gläubiger von der Pflicht, am Zahlungsort den Wechsel zu präsentiren und Protest zu erheben, keineswegs entbunden und berechtigt, diese Acte an einem andern Ort zu veranlassen, selbst wenn in dem letzteren der Domiciliat seinen Wohnort haben sollte. Dies zeigt schon der 2. Absatz des Art. 91 der WO., dem gemäß, wenn am Zahlungsort das Geschäftslocal oder die Wohnung nicht zu ermitteln ist, dies im Protest bemerkt werden muß, mithin auch solchenfalls am Zahlungsort der Protest aufgenommen werden soll. Der wechselmäßige Anspruch ist in der Form des Wechsels begründet, es müssen daher auch die zur Wahrung desselben gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten strenge eingehalten und kann der Wechselschuldner nicht gezwungen werden, auch solche Acte gegen sich gelten zu lassen, bei welchen von den genau bestimmten gesetzlichen Vorschriften abgewichen wurde. . . .

Entsch. des obersten Gerichtshofes zu Wien v. 12. Febr. 1879. Allg. österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1880 S. 291.

---

76. Zum Begriff der Bereicherung des Acceptanten im Sinn des Art. 83 der WO.

Vgl. Bd. 2 Nr. 318; Bd. 20 Nr. 259; Bd. 27 Nr. 58; Bd. 28 Nr. 62; Bd. 30 Nr. 149; auch Bd. 34 Nr. 151.

Die Bereicherungsklage (aus Art. 83 der WO.) lehnt sich an den Wechsel an, und der Schade des Inhabers des präjudicirten Wechsels ist

durch die Nichterlangung der erwarteten Zahlung, durch das Erlöschen des wechselmäßigen Anspruchs in Folge des Präjudizes begründet, und mit diesem Schaden steht die Bereicherung des Acceptanten durch Nichtanwendung und Zurückbehaltung der empfangenen Deckung in ursächlicher Beziehung. Die Nichtigkeitsbeschwerde steht auf einem unrichtigen Standpunct, wenn sie zum Zweck der Bereicherung eine Causalbeziehung verlangt zwischen dem Deckungsgeschäft, d. i. dem Ausgleichungsgeschäft zwischen Aussteller und Acceptanten, und dem Begebungsgeschäft, d. i. dem Geschäft, welches dem Erwerb des Wechsels seitens des Indossatars und Bereicherungsklägers zum Grunde lag. Beide Geschäfte stehen außer aller factischen und rechtlichen Beziehung zu einander. Es ist daher ganz richtig und nicht, wie die Nichtigkeitsbeschwerde meint, den Rechtsbegriff der Bereicherung verkennend, wenn der Appell.-Richter den Satz ausspricht, daß es für die Bereicherungsklage nicht erforderlich sei, daß der Schade des Klägers mit der Bereicherung des Beklagten in directem Connex stehe, also z. B. ein civiles Rechtsverhältniß direct zwischen den Parteien bestanden habe und darüber der Wechsel ausgestellt sei: ein Fall, der durch den Eintritt in ein fertiges Wechselgeschäft auf dem Wege des Indossaments kaum realisirt werden kann.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 7. Juli 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Kohn w. Reis. Wck.

---

77. Erhebung des Wechselprotestes im Geschäftslocal oder der Wohnung des Gemeinschuldners?

Vgl. Bd. 34 Nr. 235 mit Nachw.

Die Klägerin klagte einen bei dem Aussteller P. S. domicilirten Wechsel gegen die beiden Acceptanten ein, auf Grund eines am Verfalltage aufgenommenen Protestes mangels Zahlung, in welchem der Act der Vorlegung an den Domiciliaten dahin beurkundet ist:

„Der Unterzeichnete — Gerichtsvollzieher — hat sich am 31. October 187[illegible] Nachmittags 5 Uhr nach dem Geschäftslocal der Firma P. S. hierselbst verfügt und dasselbe verschlossen gefunden. Bemerkt wird, daß über das Vermögen der gedachten Firma der Concurs eröffnet worden ist. Es hat daher der Unterschriebene wegen nicht erfolgter Zahlung den Protest eingelegt u. s. w."

Die Beklagten beantragten Abweisung der erhobenen Klage. Sie erachteten den Protest für ungültig, weil, da der Domiciliat in Concurs verfallen und ein aufgegebenes oder als solches nicht mehr benutztes Geschäftslocal kein Geschäftslocal mehr sei, der Wechsel ihm in seiner Wohnung hätte vorgelegt werden müssen. — Das Reichsgericht bestätigte das verurtheilende Erkenntniß 1. Instanz:

„Allerdings verliert sowohl nach der bisherigen preuß. CO. vom 8. Mai 1855 § 4 wie nach der RCO. § 5 der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Concursverfahrens die Befugniß, sein zur Concursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Allein nach keinem der beiden Gesetze ist diese Folge im Sinn einer Rechtsnachfolge der Gläubigerschaft oder des Verwalters in Bezug auf das Eigenthum an dem gedachten Vermögen des Gemeinschuldners zu verstehen. Der Gemeinschuldner bleibt Eigenthümer seines Vermögens. Er wird in Bezug auf Verfügung und Verwaltung nur kraft des Gesetzes im Interesse der Befriedigung der Gläubiger vertreten, gleichviel, ob man als den ihm auferlegten Vertreter die Gläubigerschaft selbst oder den Verwalter ansieht. Was kraft dieser vom Gesetz übertragenen Disposition der Vertreter in Bezug auf die Activmasse thut, hat verbindliche Kraft für den Gemeinschuldner auch über die Dauer dieser Verwaltung hinaus. Das für die Activmasse Erworbene und Erstrittene wird rechtlich dem Gemeinschuldner erworben und erstritten, wenn es auch zunächst dem Zweck des Concurses dienen soll. Nimmt der Verwalter in Ausübung seines Verwaltungsrechts in Bezug auf die Activmasse Rechtshandlungen oder neue Rechtsgeschäfte vor, so treffen die Ergebnisse derselben, insbesondere auch die dadurch entstehenden Verbindlichkeiten, rechtlich als den Geschäftsherrn den Gemeinschuldner, wenn sie auch zunächst aus der Masse zu bestreiten sind und der Verwalter sich verantwortlich macht, falls er für ihre Deckung oder Sicherung aus der Masse nicht Sorge getragen hat.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich für die preuß. CO. aus Goltdammer Commentar 1. Ausg. S. 72, 73, 77, 78; Wentzel u. Klose preuß. CO. S. 73, 74, 76 und den Ausführungen des ROHG. in den Entsch. Bd. 4 S. 228, Bd. 6 S. 317, Bd. 7 S. 62; vgl. auch §§ 160, 199, 223 der preuß. CO.; — für die RCO. aber aus den Motiven des Entwurfs zu den allgemeinen Bestimmungen des 1. Titels 1. Buchs S. 17, zu § 5 S. 34, zu Tit. 7 S. 240, wie aus den Protocollen der Reichstagscommission S. 109; v. Sarwey Commentar S. 24, 25, 390, 391, 549, 643; vgl. §§ 50, 52, 123, 159, 176 der RCO.

Dadurch also, daß das Verfügungsrecht einer Person über ihr Geschäftslocal und Geschäft in Folge der Eröffnung des Concurses über sie für dieselbe aufhört und durch einen Concursverwalter ausgeübt wird, hört ihr Geschäft oder Geschäftslocal nicht auf, das ihrige zu sein, sowenig dies in anderen Fällen einer vom Gesetz auferlegten Stellvertretung, wie bei einem Entmündigten oder Verschwender, der Fall ist. Insofern daher die Entscheidungsgründe des 2. Erkenntnisses die Annahme, daß das Geschäftslocal des P. S. nicht mehr dessen Geschäftslocal zur Zeit der Protesterhebung gewesen, daraus herleiten, daß das Vermögen desselben und sein Geschäftslocal durch die Concurseröffnung aus seiner Verfügung in die der Gläubigerschaft bzw. des Verwalters getreten, enthalten dieselben allerdings eine unrichtige Anwendung der in den citirten Bestimmungen der preuß.

wie der RCO. enthaltenen Rechtsnormen und wegen der Annahme, daß unter dem in Art. 91 der WO. gemeinten Geschäftslocal das Geschäftslocal einer Person, über deren Vermögen lediglich ein Stellvertreter verfügen darf, nicht zu verstehen sei, auch eine Verletzung des Art. 91 der WO

Es entsteht aber allerdings die fernere Frage, ob sich doch deshalb die ergangene Entscheidung als richtig darstellt, weil entweder aus dem Inhalt der Protesturkunde oder aus gesetzlichen Bestimmungen oder aus beiden in Verbindung mit einander sich ergebe, daß eine Schließung des Geschäfts in Folge der Concurseröffnung stattgefunden hatte. War allerdings jeder Fortbetrieb des Geschäfts des Gemeinschuldners überhaupt aufgegeben, so kann es bedenklich erscheinen, ob, wenn auch der Concursverwalter das bisherige Geschäftslocal als Stätte bloß für die Ermittlung und Verwerthung der Theilungsmasse noch benutzte, dieses noch als Geschäftslocal des Gemeinschuldners zu erachten wäre, was voraussetzte, daß man die Ermittlung und Verwerthung der Masse zum Zweck der Befriedigung der Concursgläubiger, für sich allein und unmittelbar unter Sistirung des Geschäftsbetriebs ins Werk gesetzt, mit der Liquidation eines Handelsgeschäfts auf eine Linie stellen dürfte. Allein sowohl die preuß. CO. wie die RCO. kennen die Fortführung des Geschäftsbetriebs als zulässige und unter Umständen im Interesse der Gläubiger wie des Gemeinschuldners zur Vermeidung von Nachtheilen gebotene Maßregel, (vgl. § 144 der preuß. CO. und § 118 der RCO.). Nach letzterer Vorschrift entscheidet bis zur Beschlußfassung einer Gläubigerversammlung der Verwalter über Fortführung und Schließung des Geschäfts nach seinem Ermessen. Der Geschäftsherr ist aber in solchem Fall, insofern die Fortführung sich innerhalb der Grenzen des Zwecks des Concurses bewegt, nach dem Vorausgeschickten der Gemeinschuldner. Als Geschäft „des Gemeinschuldners", welches fortzusetzen oder zu schließen, bezeichnen beide Gesetzesstellen ausdrücklich das Geschäft.

Vgl. auch Motive S. 351 und v. Sarwey a. a. O. S. 539.

Da also diese Fortführung durch das Gesetz nicht ausgeschlossen, die sofortige Schließung des Geschäftsbetriebs häufig nicht thunlich, Dritte aber nicht immer sicher zu erkennen vermögen, ob ein thatsächlich noch benutztes Geschäftslocal lediglich für die Ermittlung und Verwerthung der Theilungsmasse oder zugleich noch für einen, wenn auch nur partiellen, Fortbetrieb des Geschäfts benutzt wird, so wird das benutzte seitherige Geschäftslocal, welches sich noch unverändert als das des Gemeinschuldners kundgiebt, für den Rechtsverkehr, insbesondere im Sinn des Art. 91 der WO., als wirkliches Geschäftslocal angesehen werden müssen, sofern nicht für den Dritten die Aufgabe der Benutzung für solchen geschäftlichen Fortbetrieb bei Vornahme der betreffenden Acte erkennbar wird.

Nach der vorliegenden Proteſturkunde hat allerdings der proteſtirende Beamte das Geſchäftslocal geſchloſſen gefunden. Aber nach ſeiner Beurkundung hat er es doch als Geſchäftslocal vorgefunden. Er hat alſo auf Grund ſeiner angeſtellten Ermittlungen, deren Details wiederzugeben ihm nicht obliegt, die Ueberzeugung gewonnen, daß gedachtes Local noch zur Zeit die Eigenſchaft des Geſchäftslocals des P. S. hatte. Der beurkundete vorzeitige Verſchluß des Locals ſtand dieſer Annahme nicht entſcheidend entgegen. Dies genügte, um dem die Ungültigkeit des Proteſtes Behauptenden die Beweislaſt dafür aufzulegen, daß das Beurkundete unrichtig und daß in Wahrheit die Benutzung des Locals überhaupt aufgegeben oder doch die Aufgabe des Geſchäftsbetriebs in dem Local für Dritte erkennbar gemacht war. Das 2. Erkenntniß beruht daher auf Geſetzesverletzung und muß aufgehoben werden.

Die Sache ſelbſt erſcheint nach dem feſtgeſtellten Sachverhältniß zur Entſcheidung reif. Einen Einwand gegen die Richtigkeit des in der Proteſturkunde Beurkundeten haben die Beklagten nicht erhoben, noch Beweis für die Unrichtigkeit angetreten. Sie folgern die Ungültigkeit des Proteſtes nur aus dem in demſelben Beurkundeten. . . ."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 17. April 1880 in einer preuß. (landrechtl.) Sache. Annalen des RG. Bd. 1 S. 503.

---

78. Sparkaſſenbücher als Inhaberpapiere, zum Unterſchied von Legitimationspapieren.

Vgl. Bd. 26 Nr. 268; Bd. 29 Nr. 72.

Das Characteriſtiſche eines *Inhaberpapiers* beſteht darin, daß der Schuldner ſich in demſelben nicht einer *beſtimmten* Perſon, ſondern *nur* dem *jeweiligen* Inhaber des Papiers verpflichtet. Die Inhaberpapiere ſind demnach allerdings zu unterſcheiden von den ſog. Legitimationspapieren der unvollkommenen Inhaberpapieren, welche zu Gunſten eines beſtimmten Gläubigers ausgeſtellt ſind, daneben aber die Clauſel enthalten, daß der Schuldner berechtigt ſei, ſich durch Zahlung an jeden Inhaber des Papiers ohne Prüfung der Legitimation desſelben von ſeiner Schuld zu befreien; dieſe Legitimationspapiere ſind durch die Beſtimmung des Art. 307 des HGB. nicht berührt. Es iſt auch richtig, daß die Sparkaſſenbücher vielfach in der Art ſolcher Legitimationspapiere ausgeſtellt ſind. Allein für das gemeine Recht exiſtirt kein Rechtsſatz, welcher nicht zuläßt, daß ein Sparkaſſenbuch bloß auf den Inhaber, als echtes Inhaberpapier ausgeſtellt werde. Man hat daher, wenn ein Sparkaſſenbuch die Beſtimmung enthält, daß jedem Inhaber desſelben mit liberirender Wirkung gezahlt werden kann, für den Fall aus dem übrigen Inhalt der Urkunde darüber zu entſcheiden,

ob dieselbe ein echtes Inhaberpapier oder nur ein Legitimationspapier d stellt. Es ist auch mit dem Wesen eines Inhaberpapiers keineswegs v vereinbar, daß in demselben der erste oder auch ein späterer Erwer namentlich bezeichnet wird. Im vorliegenden Fall hat nun die Vo instanz den Sinn der im Buche vorgedruckten statutarischen Bestimmung dahin aufgefaßt, daß die Sparkasse keinen andern Gläubiger kenne als d Inhaber des Buchs, und daß es hierbei keinen Unterschied mache, ob d Eigenthümer seinen Namen in das Buch habe eintragen lassen oder nicht und hieraus ist mit Recht gefolgert, daß das Buch als ein Inhaberpapie anzusehen sei.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 2. Juli 1880 i. S. Lüth w. Lie mann. St.

II. Civilproceß.

79. Kann der Correspondentrheder (Procurist) von Dritten gezwungen werden, die Rhederei (Firma) in Processen vor Gericht zu vertreten?

Vgl. Bd. 21 Nr. 50. (Auch Bd. 31 Nr. 352 mit Nachw.)

Eine gegen die Rhederei angestellte, dem Correspondentrheder zuge stellte Klage ward vom AG. abgewiesen, als der Correspondentrheder sich weigerte, die Rhederei in diesem Proceß vor Gericht zu vertreten. Die hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde aus folgenden Gründen verworfen:

„Nach Art. 459 des HGB. kann für den Rhedereibetrieb ein Cor respondentrheder bestellt werden. Der Correspondentrheder ist daher nic das nothwendige Organ zur Vertretung der Rhederei. Die Bestimmun des dem Art. 459 cit. zu Grunde liegenden Art. 398 des preuß. Ent wurfes, nach welcher die Bestellung eines Correspondentrheders obligatorisch sein sollte, ist vielmehr schon bei der ersten Berathung des Seerechts v der Commission abgelehnt, nachdem das Bedürfniß, ja die Zweckmäßigk einer solchen Bestimmung mit großer Mehrheit verneint war (vgl. Protoco S. 1520 ff.). Nur das Mecklenburg-Schwerin'sche Einführungsgesetz z HGB. hat abweichend hiervon im § 51 bestimmt: jedes Schiff, welch mehreren Eigenthümern gehöre, müsse einen Correspondentrheder habe Abgesehen von dieser, auch bei Einführung des HGB. als Reichsgesetz au recht erhaltenen (vgl. § 4 des Einführungsgesetzes vom 5. Juni 186 hier jedoch nicht zur Anwendung kommenden besonderen landesgesetzli Bestimmung, bedarf daher die Rhederei zu ihrem Verkehr mit Dritten ei Correspondentrheders gesetzlich nicht, wird vielmehr in demselben an von den einzelnen Mitrhedern vertreten, wie denn auch die geschehene

stellung eines Correspondentrheders nach Art. 459 Abs. 2 des HGB. jederzeit durch Stimmenmehrheit widerrufen werden kann und derselbe nach Art. 460 des HGB. im Verhältniß zu Dritten nicht zur Vornahme von Geschäften und Rechtshandlungen schlechthin, sondern nur von solchen, welche der Geschäftsbetrieb einer Rhederei gewöhnlich mit sich bringt, befugt ist.

Die Stellung des Correspondentrheders ist hiernach ein auf dem freien Willen der Rhederei beruhendes Auftrags- und Vollmachtsverhältniß. Der Inhalt und Umfang desselben sowohl Dritten als der Rhederei gegenüber ist allerdings durch die Art. 460—466 des HGB. gesetzlich fixirt. Der Art. 460, welcher den Umfang der dem Correspondentrheder kraft seiner Bestellung im Verhältniß zu Dritten zustehenden Befugnisse zum Gegenstand hat, erklärt ihn laut Abs. 3 in demselben Umfange (wie zur Vornahme von Geschäften und Rechtshandlungen) auch für befugt, die Rhederei vor Gericht zu vertreten. Daraus, daß er hierzu befugt ist, folgt aber an sich noch keineswegs, daß er dem betreffenden Dritten gegenüber auch dazu *verpflichtet* ist, daß dritte Personen das Recht haben, ihn *gegen* seinen Willen als Vertreter der Rhederei gerichtlich zu belangen. Vielmehr spricht dagegen schon der Umstand, daß in Abs. 3 derselbe Ausdruck „befugt" gebraucht wird, wie in den übrigen, von außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen redenden Absätzen, und daß von einem Rechte Dritter, die Vornahme solcher Geschäfte oder Rechtshandlungen vom Correspondentrheder zu verlangen, offenbar nicht die Rede sein kann. Auch ist in den Berathungsprotocollen S. 1526—1528 immer nur von einer Vollmacht, resp. *Befugniß*, des Correspondentrheders die Rede. Der Appell.-Richter hat daher mit Recht angenommen, daß der Art. 460 des HGB. nur den Umfang und die Grenzen der *Befugnisse* des Correspondentrheders im Verhältniß zu Dritten festsetzen, d. h. bestimmen will, welche Geschäfte und Rechtshandlungen derselbe kraft seiner Bestellung mit einer unmittelbar für die Rhederei daraus entstehenden Verbindlichkeit vornehmen *kann* (vgl. Art. 461 des HGB.) und wie weit daher Dritte sich mit dem Correspondentrheder ohne Gefahr einlassen können. Bestätigt wird diese Auslegung des Art. 460 cit. durch den vom Appell.-Richter ebenfalls bereits hervorgehobenen Umstand, daß (laut S. 3742 der Protocolle) bei der zweiten Lesung des Seerechts dem Vorschlage, den Art. 410 (jetzt Art. 460) dahin zu erweitern, daß der Correspondentrheder Dritten gegenüber auch die *Verpflichtung* zur Uebernahme der Vertretung habe, im Hinblick darauf, daß auch beim Procuristen von ähnlichen Bestimmungen Umgang genommen sei, keine Folge gegeben wurde und daß (vgl. Protocolle S. 950) ein in Betreff des Procuristen zu Art. 42 des HGB. beantragter Zusatz: „Die Behändigung von gerichtlichen Vorladungen und anderen Zustellungen in Handelssachen geschieht mit gleicher Wirksamkeit an den

Principal oder Procuristen; Letzterer kann die Annahme nicht verweigern" wieder zurückgezogen wurde, weil diese Bestimmung theilweise für bedenklich, soweit sie aber gerechtfertigt sei, für selbstverständlich gehalten wurde. Es ist hiernach entschieden nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, daß der Correspondentrheder die processuale Vertretung der Rhederei wider seinen Willen auf Verlangen eines Dritten übernehmen müsse und daß ihm in Ermangelung seiner Bereitschaft zur processualen Vertretung der Rhederei Klagen gegen dieselbe mit Wirksamkeit behändigt werden könnten. Auch ein praktisches Bedürfniß des Verkehrs würde sich für das Gegentheil nicht geltend machen lassen, da nach Art. 475 des HGB. sämmtliche Mitrheder wegen jedes Anspruchs eines Mitrhebers oder eines Dritten vor dem Gericht des Heimathshafens des Schiffes belangt werden können und nach § 6 sub 5 des Reichsgesetzes, betr. die Nationalität der Kauffahrteischiffe, vom 25. Octbr. 1867, aus dem Schiffsregister ersichtlich ist, wer Mitrheder ist.

Zur Unterstützung obiger Gesetzesauslegung ist auch noch auf den Sprachgebrauch des HGB. hinzuweisen. Denn während in Art. 42 und 460 beim Procuristen und Correspondentrheder nur von einer Ermächtigung bzw. Befugniß zu gerichtlichen Rechtshandlungen, bzw. zur Vertretung vor Gericht die Rede ist, wird in Art. 117, 137 verbunden mit 144 Abs. 3, 167 und 227 verbunden mit 235 in Betreff der von der Befugniß, die offene Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossenen Gesellschafter, in Betreff der Liquidatoren, der bei einer Commanditgesellschaft persönlich haftenden Gesellschafter und des Vorstandes von Actiengesellschaften der abweichende Ausdruck gebraucht „wird vor Gericht vertreten", bzw. „haben zu vertreten", und dabei ausdrücklich bestimmt, daß es zur Behändigung von Vorladungen und Zustellungen genüge, wenn dies an eine der hier bezeichneten, zur Vertretung berechtigten Personen geschehe. Alle diese Bestimmungen beziehen sich aber auf die natürlichen, bzw. gesetzlichen Organe eines Rechtssubjects. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, die gleichen Bestimmungen auch für facultative Vertreter (wie der Procurist und Correspondentrheder es sind) zu treffen, so würde er, wie anzunehmen ist, auch hinsichtlich ihrer sich ähnlich ausgedrückt und dieselbe Bestimmung getroffen haben (vgl. Hahn Commentar 3. Aufl. § 5 zu Art. 47).

Der Correspondentrheder ist hiernach Dritten gegenüber, soweit es sich um Geschäfte handelt, welche der Betrieb einer Rhederei gewöhnlich mit sich bringt, nach Art. 460 des HGB. zwar legitimirt, aber nicht verpflichtet zur processualen Vertretung seiner Rhederei, und nur wenn er den Proceß freiwillig aufnimmt, hat die an ihn geschehene Zustellung rechtliche Wirkung für die Rhederei. Lehnt er die Proceßführung ab, so hat die Zustellung der Klage an die einzelnen, im vorliegenden Fall vom Kläger nicht benannten Mitrheder zu erfolgen.

Da im vorliegenden Fall noch das frühere Proceßrecht zur Anwendung kommt, bedarf es keines Eingehens auf die Frage, ob und inwieweit der, freilich direct nur vom Procuristen und Generalbevollmächtigten redende, § 159 der deutschen CPO. hierin etwas geändert hat."

Erk. des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 12. Mai 1880 i. S. des deutschen Reichsfiscus, Kl., w. die Rhederei des Schiffes E. u. C., Bekl. Vgl. Annalen des RG. Bd. 2 S. 62.

---

80. Die Vorschrift des § 94 der CPO., daß die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunct unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird, bezieht sich auch auf die Kosten im Beschwerdeverfahren.

Gegenstand der Beschwerde sind lediglich die Kosten, welche dem Beschwerdeführer durch den angefochtenen Beschluß des OLG. als Folge der Zurückweisung seiner Beschwerde in der Sache selbst auferlegt worden sind. Nach § 94 der CPO. ist aber die Anfechtung einer Entscheidung über den Kostenpunct unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Diese Bestimmung findet auch auf Beschwerdesachen Anwendung; denn über die Beschwerde wird abgehandelt im 3. Buch, welches sich allein mit den Rechtsmitteln befaßt, und die auf Beschwerden gefaßten Beschlüsse werden an der betreffenden Stelle als Entscheidungen bezeichnet. Es handelt sich auch nicht, wie der Beschwerdeführer meint, um eine im Aufsichtswege zu erledigende Beschwerde. Das ergiebt sich sofort aus der Erwägung, daß die von den Vorinstanzen getroffene Entscheidung das verschiedene Interesse beider Parteien berührt und zur Rechtfertigung der Beschwerde lediglich auf die Unrichtigkeit des angegriffenen Beschlusses in der Hauptsache verwiesen wird.

Beschluß des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 22. Septbr. 1880 in der preuß. Sache Sperling w. Ringies, Beschwerdeführer Romeyke. Wck.

---

81. Zur Wirksamkeit einer behändigten richterlichen Verfügung ist die thatsächliche Kenntnißnahme der Partei von deren Inhalt nicht erforderlich.

Vgl. Bd. 17 Nr. 289, 290; Bd. 22 Nr. 192.

Es handelte sich darum, ob der aus einem Wechsel vom 31. August 1879 beklagte Aussteller H. zur Zeit der Ausstellung bereits wegen Verschwendung unter Curatel gestellt gewesen sei. Am Vormittag desselben Tages war in Abwesenheit des H. die desfällige gerichtliche Verfügung seiner Ehefrau behändigt worden. In 2. Instanz wurde als erwiesen angesehen, daß sich dieses vor Ausstellung des Wechsels zugetragen habe, und u. A. ausgeführt:

Die Eröffnung oder Behändigung dieser, wie aller andern richterlichen Entscheidungen und Verfügungen hat zwar an und für sich den Zweck, den betheiligten Parteien Kenntniß von dem Inhalt des betreffenden Erlasses zu verschaffen; dennoch ist, den gesetzmäßigen Vollzug des Eröffnungs- oder Behändigungsactes vorausgesetzt, davon, ob jener Zweck in Wirklichkeit erreicht worden ist und die Partei von dem Inhalt thatsächlich Kenntniß erlangt hat, die Wirksamkeit der Verfügung nicht abhängig, und es bleibt daher ein etwaiger Beweis der später oder garnicht erlangten Kenntniß auf die Bestimmung des Wirksamkeitsbeginnes der eröffneten oder behändigten Verfügung ohne Einfluß. Dem entsprechend wird aber auch, wie verklagterseits mit Recht ausgeführt worden ist, durch die den bestehenden Vorschriften entsprechende Behändigung an einen (ad hoc gesetzlich bezeichneten) Stellvertreter der von Hause abwesenden Partei der Eintritt der Rechtswirksamkeit der Verfügung auf den Zeitpunct dieser Behändigung fixirt, und es ändert hieran nichts, wenn im einzelnen Fall der abwesende Betheiligte erst in einem späteren, zufälligen und zum Voraus nicht zu bestimmenden Zeitmoment von dem Inhalt der Verfügung oder von dem Behändigungsact thatsächlich Kenntniß erlangt; ja, es haben sogar, wie nicht bezweifelt werden kann, die gesetzlichen Regeln, nach welchen im Fall der zeitigen Abwesenheit des Adressaten die Behändigung an Familienangehörige oder Hausgenossen zu bewirken ist, eigens den Zweck, des in der persönlichen Abwesenheit des Ersteren liegenden factischen Hindernisses ungeachtet eine rechtswirksame Behändigung zu ermöglichen und somit den Wirksamkeitsbeginn richterlicher Erlasse von dem zweifelhaften Ergebniß etwaiger Beweise über den Zeitpunct der wirklich erlangten Kenntniß des Betheiligten von dem Inhalt der Verfügung oder vom Insinuationsact unabhängig zu stellen. In diesem Sinne hat denn auch die RCPO. die Wirksamkeit des Entmündigungsbeschlusses lediglich von der Zustellung an den Entmündigten abhängig gemacht (§ 623), und für den Vollzug der letzteren die hierauf mit zu beziehende Anordnung getroffen, daß dieselbe bei persönlicher Abwesenheit des Adressaten an die Familien- und Hausgenossen desselben zu bewirken sei (§ 166). . . .

Erk. des OLG. zu Kassel. Heuser Annalen Bd. 25 S. 5.

---

82. Universalität der über Statusfragen ergangenen res iudicata.

Vgl. Bd. 3 Nr. 388.

In den Gesetzen ist dem richterlichen Ausspruch über den status eines Menschen, insbesondere auch den status familiae, die besondere Wirksamkeit beigelegt, daß, sobald das Vorhandensein des status einmal richterlich anerkannt ist, derselbe nicht weiter bestritten werden soll, auch nicht von solchen, die an dem Rechtsstreit, in welchem der richterliche Ausspruch

erfolgte, nicht theilnahmen. Ein solcher Ausspruch, nämlich der, daß die Mutter der Kläger ein Kind des verstorbenen B. sei, lag hier vor. Allerdings ist es richtig, daß jene gesetzliche Wirkung nur unter bestimmten Voraussetzungen eintritt: der Streit muß vor dem erkennenden Richter contradictorisch durchgeführt sein, und zwar von einem iustus contradictor und ohne Collusion; allein diese Voraussetzungen sind hier vorhanden. Contradictorisch ist der Streit gewiß durchgeführt, und von einer Collusion kann hier keine Rede sein. Es fragte sich also nur, ob hier der Gegner ein iustus contradictor gewesen. Daß für die vorliegende Frage, die Kindesqualität einer Person, nur der behauptete Vater als ein solcher anzusehen sei, ist nirgends vorgeschrieben; im Gegentheil sind sicher, zumal wenn dieser todt ist, dessen Descendenten, also gerade die bei der Frage Betheiligten, ebenso geeignete Contradictoren, und dasselbe muß von dem Dritten gelten, dem die Descendenten wissentlich die Durchführung der Sache überließen (fr. 63 de re iudic. 42. 1), wie dies in dem früheren Rechtsstreit die Beklagten jedenfalls hinsichtlich des B.'schen Concursanwalts gethan haben.

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 18. Juni 1880 i. S. Horenburg u. Conf. w. Bührig u. Conf. wegen Erbschaft. D.

---

83. Rechtskraft der Entscheidung über eine Compensationseinrede.

Vgl. Bd. 1 Nr. 367; Bd. 5 Nr. 236; Bd. 32 Nr. 360.

In einer Streitsache handelte es sich um die Frage, ob eine über die Einrede der Compensation materiell ergangene Entscheidung der Rechtskraft fähig sei. Diese Frage wurde oberstrichterlich aus folgenden Gründen bejaht:

Daß der Abweisung eines als Einrede geltend gemachten Anspruchs, wenn die Abweisung aus materiellen Gründen erfolgt ist, die Wirkung der Rechtskraft zukommt, spricht schon die allgemeine in fr. 3, 7 § 4 de exc. rei iud. 44. 2 enthaltene Rechtsregel aus. Bezüglich der Compensationseinreden insbesondere aber sprechen sich die Bestimmungen in fr. 7 § 1 de comp. 16. 2, fr. 8 § 2 de neg. gest. 3. 5 und fr. 1 § 4 de contr. tut. 27. 4 übereinstimmend dahin aus, daß, wenn der compensando geltend gemachte Gegenanspruch für materiell unbegründet abgewiesen wird, hierin ein ebenso entschiedener Streitpunct liegt, wie wenn dieser Gegenstand im Wege selbständiger Klage geltend gemacht und aberkannt worden wäre.

Vgl. Windscheid Pand. Bd. 1 § 130 Nr. 5[b] u. Not. 21; Seuffert Archiv Bd. 1 Nr. 367 u. Bd. 5 Nr. 236.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 5. Juli 1880. HV. Nr. 5590.

v. L.

---

84. Der richterliche Eid (§ 437 der CPO.) dient nicht zur Ergänzung von Substantiirungsmängeln.

Vgl. Bd 24 Nr. 286.

. . . Es kann sich nur noch fragen, ob die thatsächlichen Angaben an und für sich und insbesondere als Grundlage für die Eideszuschiebung derart specialisirt sind, daß darauf eine Vernehmlassung und Erklärung hat verlangt werden können. Und zwar würde ein Mangel in dieser Beziehung, der auch durch das auf Grund des § 130 der CPO. ausgeübte Fragerecht vorliegenden Falls, wie der Thatbestand ergiebt, nicht hat gehoben werden können, zweifelsohne zur Abweisung der Klage führen müssen:

vgl. Struckmann u. Koch die CPO. für das deutsche Reich 2. Aufl. Not. 3 zu § 130,

zumal der nach § 437 das. zugelassene richterliche Eid nicht, wie die vorigen Richter angenommen haben, zur Ergänzung von Substantiirungsmängeln der Parteivorträge, sondern nur zur Ergänzung oder zum Ersatz der Beweisführung, welche genügende und schlüssige Behauptungen voraussetzt, zu dienen bestimmt ist. . . .

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 12. Mai 1880 i. S. Edding w. Leibersdorf u. Fehr wegen Forderung. T.

---

85. Fehlen des Thatbestands im Urtheil als Revisionsgrund.

Mit Recht rügt der Revisionskläger es als einen Mangel des Urtheils 1. Instanz, daß in demselben der Vorschrift des § 284 Ziff. 3 der CPO. zuwider eine Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge nicht enthalten und daß auch aus dem Protocoll über die mündliche Verhandlung vom 15. Decbr. 1879 nicht zu ersehen ist, in welcher Weise die Anwälte die gestellten Anträge begründet haben. Allein die auf diesen Mangel gestützte Revisionsbeschwerde ist nicht begründet. Da nach § 511 der CPO. die Revision nur darauf gestützt werden kann, daß die Entscheidung auf Verletzung eines Reichsgesetzes ꝛc. beruhe, und der Mangel des Thatbestands nicht zu denjenigen Fällen gehört, in welchen nach § 513 die Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist, so muß ein Zusammenhang zwischen jenem Mangel und der angefochtenen Entscheidung des Berufungsgerichts vorhanden sein. Dies ist aber vorliegend nicht der Fall. Aus dem Urtheil 1. Instanz ist zu entnehmen, daß der zwischen den Parteien über die in Frage stehenden Sachen geschlossene Vertrag, welcher die Grundlage der Klage bildet, von der Beklagten anerkannt ist, und es ergiebt der in dem Urtheil 2. Instanz enthaltene Thatbestand, daß der Streit der Parteien in dieser sich nicht um die Frage

drehte, ob Kläger Eigenthümer der fr. Sachen sei, sondern welche Verpflichtungen der Beklagten nach dem Vertrage obliegen, insbesondere ob die vereinbarte Miethe praenumerando oder postnumerando zu zahlen sei, ob Beklagte diesen Verpflichtungen nachgekommen und ob die Klage mit Rücksicht auf die in dieser Richtung vom Kläger aufgestellten Behauptungen begründet sei. Die über diese Streitpuncte vom Berufungsrichter getroffene Entscheidung ist durch jenen Mangel des Thatbestands im Urtheil 1. Instanz nicht beeinflußt. Die Feststellung der Verhandlungen 1. Instanz ist vielmehr für den Berufungsrichter nur maßgebend bei der Frage gewesen, ob die Behauptung der Beklagten, die gesammte Jahresmiethe Ende Juli 1879 gezahlt zu haben, für vom Kläger zugestanden zu erachten sei.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 4. Mai 1880 in der preuß. Sache Kukuk w. Wilkening. St.

---

86. Zuständigkeit des Reichsgerichts nach § 511 der CPO.; der Ausspruch des Berufungsgerichts, daß ein Rechtssatz dem formellen, nicht dem materiellen Proceßrecht angehöre, bindet nach § 525 das. auch das Reichsgericht.

Die vom Verwalter einer Magdeburger Concursmasse in Braunschweig belangte und dort domicilirte Beklagte wollte gegen die eingeklagte Forderung des Gemeinschuldners mit einer Gegenforderung compensiren. Dagegen erhob Kläger die repl. doli auf Grund des § 97 der preuß. CO. vom 8. Mai 1855 und es entstand nun die Frage, ob die Zulässigkeit der Aufrechnung im Concurse nach preußischem oder gemeinem Recht zu beurtheilen sei. In 1. und 2. Instanz wurde gemeines Recht angewendet und jene Replik verworfen. Gegen die deswegen vom Kläger eingelegte Revision berief sich die Beklagte u. A. darauf, daß nach den §§ 511 und 525 der CPO. die Nichtanwendung oder unrichtige Auslegung der preuß. CO. vom 8. Mai 1855 keinen Revisionsgrund bilde. Das Reichsgericht sprach aus:

Es bleibt noch zu untersuchen übrig, ob das Berufungsurtheil bei der Verwerfung der von dem Revisionskläger vorgebrachten, aus § 97 Ziff. 3 der preuß. CO. entnommenen Replik des Dolus gegen *allgemeine* (gemeinrechtliche) Grundsätze über die Concurrenz coordinirter Gesetze verstoßen habe. Ist diese Rüge begründet, so erhebt es nichts zur Sache, daß nach § 511 der CPO. eine Verletzung der preuß. CO., als eines *nur außerhalb* des Bezirks des Berufungsgerichts geltenden Gesetzes, die Revision an sich nicht begründet; vielmehr könnte es in Folge der richtigen Anwendung jener Grundsätze zu einer Subsumtion des Thatbestands unter die preuß. CO. und zugleich zu einer Auslegung des § 97 Ziff. 3 der letzteren durch das Revisionsgericht kommen, aber nicht deshalb, weil das Berufungsgericht gegen das einem andern Bundesgebiet angehörige Recht verstoßen, sondern deshalb, weil es gemeines Recht verletzt hat. Denn in

diesem Fall ist die Nichtberücksichtigung des dem Berufungsgericht fremden Rechts nur ein Ausfluß unrichtiger Anwendung des auch im Bezirk dieses Gerichts geltenden Rechts.

Es kann nun dahin gestellt bleiben, ob nach allgemeinen Regeln über die örtliche Collision der Gesetze das Recht des Erfüllungsorts der Wechselobligation — Magdeburg — auch für die Anfechtung des dem Indossament des Wechsels zu Grunde liegenden Vertrags zwischen dem Aussteller und der Beklagten zur Anwendung zu bringen sei, wenn die Vorschrift des § 97 Ziff. 3 der preuß. CO. eine solche des materiellen Concursrechts wäre; denn das Berufungsurtheil stellt fest, daß jene Vorschrift nur eine Proceßnorm sei, und legt solche insbesondere dahin aus: „daß dieselbe nur eine für das in Preußen anhängige Concursverfahren geltende processualische Regel enthalte, wonach ein Concursgläubiger, der zugleich Concursschuldner sei, sich unter der im § 97 a. a. O. angegebenen Voraussetzung in den Concurs einzulassen habe; melde sich der Gläubiger nicht oder ziehe er seine Liquidation, wie im vorliegenden Fall geschehen, zurück, so cessire die Regel".

Damit ist für das Revisionsgericht die Frage, ob die bezügliche Vorschrift des § 97 Ziff. 3 der preuß. CO. eine solche des formellen oder materiellen Concursrechts sei, im ersteren Sinne endgültig entschieden. Sowenig nach § 511 der CPO. auf eine Verletzung des § 97 Ziff. 3 der preuß. CO. an sich die Revision gestützt werden kann, sowenig ist sie nach § 525 der CPO. wegen der Entscheidung des Berufungsgerichts über dessen Inhalt zulässig. Und die Entscheidung muß im vorliegenden Fall, wenn sie zu einer Abänderung des Berufungsurtheils führen soll, gerade auf den Inhalt des § 97 a. a. O. gestützt werden.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 18. Juni 1880 i. S. Bothe'scher Concursverwalter Kühne w. die Actiengesellschaft Chemische Fabriken Oker und Braunschweig wegen Forderung. D.

---

87. Welcher Gerichtsschreiber hat nach § 646 der CPO. das Zeugniß über die Rechtskraft des Urtheils 1. Instanz zu ertheilen, wenn gegen zwei Streitgenossen erkannt, das Erkenntniß gegen den einen rechtskräftig geworden ist und gegen den andern Streitgenossen ein Rechtsmittel eingelegt ist?

Aus den Gründen:

„In Erwägung, daß die Vorschriften der d. CPO. über das Verfahren der Zwangsvollstreckung (§§ 644 ff.) gemäß § 13 des preuß. Gesetzes v. 31. März 1879, betr. die Uebergangsbestimmungen zur d. CPO. u. s. w., auch auf Zwangsvollstreckungen aus Urtheilen Anwendung finden, welche

auf Grund der bisherigen Proceßgesetze erlassen sind, und daß hiervon auch die Vorschrift des § 646 der d. CPO. nicht ausgeschlossen ist, wonach Zeugnisse über die Rechtskraft der Urtheile auf Grund der Proceßacten von dem Gerichtsschreiber 1. Instanz und, solange der Rechtsstreit in einer höheren Instanz anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieser Instanz zu ertheilen sind;

in Erwägung, daß zur Zeit des Antrages der Klägerin auf Ertheilung eines Rechtskraftszeugnisses die gegenwärtige Proceßsache als solche bei dem OLG. in Breslau anhängig war und noch ist, daß für diese Anhängigkeit der Proceßsache im Sinn des § 646 a. a. O. der Umstand ohne Einfluß erscheint, daß das Rechtsmittel der Appellation nur gegen die mitverklagte Ehefrau, nicht auch gegen den mitverklagten Ehemann gerichtet ist, auf dieser Proceßtheilung vielmehr gerade der Anspruch auf Ertheilung eines Zeugnisses über die Rechtskraft des Urtheils gegen den Letzteren beruht, und daß endlich die Proceßacten, auf Grund welcher das verlangte Zeugniß allein nur ausgestellt werden kann, sich im geordneten Instanzenzuge bei dem OLG. in Breslau befinden, also auch dessen Gerichtsschreiber für Ertheilung des Zeugnisses allein zugängig sind;

in Erwägung, daß hiernach der Letztere für die Ausstellung des verlangten Zeugnisses über die Rechtskraft des Urtheils zuständig erscheint."

Beschluß des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 16. Juni 1880 in der preuß. Sache Breslauer Actienbrauerei w. Walter u. dessen Ehefrau. Wck.

---

88. Die im § 4 Nr. 3 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869 (CPO. § 749 Nr. 1) enthaltene Bestimmung kommt auch den Armenverbänden zugute, welche Familienglieder des Verpflichteten alimentirt haben.

Es handelt sich im vorliegenden Fall um die executivische Beitreibung einer von der Armendirection in Berlin als legitimirten Vertreterin der Stadtgemeinde Berlin ausgeklagten Forderung, welche den Ersatz der von der Klägerin für die Ehefrau des Beklagten aufgewandten Pflegekosten während deren Aufenthalts in der Irrenanstalt zu Berlin zum Gegenstand hat, mithin Alimente betrifft, zu deren Erstattung Beklagter als der zur Alimentation seiner Ehefrau verpflichtete Ehemann rechtskräftig verurtheilt worden. Die ausgeklagte Forderung unterliegt hiernach den Bestimmungen des § 62 des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870, zufolge deren jeder Armenverband, welcher nach Vorschrift dieses Gesetzes einen Hülfsbedürftigen unterstützt hat, befugt ist, Ersatz derjenigen Leistungen, zu deren Gewährung ein Dritter aus anderen als den durch dieses Gesetz begründeten Titeln verpflichtet ist, von dem Verpflichteten *in demselben Maße und unter denselben Voraussetzungen* zu fordern, als dem *Unterstützten selbst auf jene Leistungen ein Recht* zusteht.

Aus den über die Bedeutung und den Sinn dieser gesetzlichen Bestimmung im Reichstage gepflogenen Verhandlungen ergiebt sich aber, daß der öffentlichen Unterstützung nicht die Wirkung beiwohnen soll, den anderweit Verpflichteten rechtlich zu liberiren, daß vielmehr kraft gesetzlicher Cession jeder Armenverband, welcher die bundesgesetzliche öffentliche Unterstützung gewährt hat, in diejenigen Rechte des Unterstützten selbst eintritt, vermöge deren dieser befugt gewesen wäre, die nämlichen Leistungen von einem aus anderen Titeln dieses Gesetzes Verpflichteten zu fordern:

vgl. Koller Archiv des Norddeutschen Bundes Bd. 4 S. 606.

Hiernach kann es dann aber nicht zweifelhaft sein, daß die klagende Armendirection dieselbe Vorschrift des § 4 Nr. 3 des Gesetzes vom 21. Juni 1869 betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes[1]), für die Beitreibung der ausgeklagten Alimentenforderung in Anspruch zu nehmen berechtigt war, auf welche die alimentationsberechtigte Ehefrau des Beklagten sich berufen das Recht hatte.

Dieser auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Consequenz vermag Beklagter sich auch nicht mittels Berufung auf die Unzulässigkeit der Uebertragung von Privilegien zu entziehen, und zwar um so weniger, als das im cit. § 4 Nr. 3 begründete Privilegium ohnehin nicht als ein privilegium personale, sondern als ein privilegium causae sich darstellt.

Erk. des OG. zu Wolfenbüttel (1. Sen.) v. 25. Juli 1879 i. S. Armendirection zu Berlin w. Sanftenbach wegen Forderung. D.

---

89. Nur das Gericht der Hauptsache, nicht das Amtsgericht der belegenen Sache, ist zum Erlaß einstweiliger Verfügungen zuständig.

. . . Der in Antrag genommene Erlaß einer einstweiligen Verfügung im Sinn der §§ 814 ff. der CPO. soll sich vorliegenden Falls richten gegen einseitige Verfügungen eines Miteigenthümers über ein Grundstück, welches theilungshalber zur nothwendigen Subhastation gezogen ist; namentlich wird die Sequestration dieses Grundstücks verlangt.

Das in der preuß. Subhastationsordnung vom 15. März 1869 §§ 112 ff. vorgesehene Verfahren stellt nur eine mit richterlicher Hülfe unter der Form der nothwendigen Subhastation sich vollziehende Theilung eines gemeinschaftlichen Vermögensstücks dar, welche mangels Einigung der Miteigenthümer über eine andere Art der Theilung nicht anders als durch öffentlichen Verkauf zu bewirken ist (§ 15 ff. des allg. LR. Thl. I Tit. 17

[1]) Das gegenwärtige Gesetz findet keine Anwendung . . . 3) auf die Beitreibung der auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentationsansprüche der Familienglieder." . . .

lach den §§ 112 und 5 der Subhastationsordnung wird der Antrag auf othwendige Subhastation theilungshalber unmittelbar bei dem Subhastations- ichter angebracht, der nach § 5 das. allein über den Antrag zu befinden at, ohne daß ein Vorverfahren stattfindet. Die Subhastationsordnung at vielmehr, wie die Motive ergeben, von der früher vorgeschriebenen orgängigen Aufforderung an die Miteigenthümer zur Erklärung über den ubhastationsantrag absichtlich abgesehen. Wie sich aus dem Gesetze giebt, auch in den Motiven (S. 81) ausdrücklich hervorgehoben wird, it der Subhastationsrichter bei Ausübung seiner Functionen nicht die tellung eines Proceßrichters. Es ist mithin hier ein Verfahren vor nem Proceßrichter überhaupt noch garnicht anhängig.

Einstweilige Verfügungen im Sinn der CPO. können nur vom Proceß- chter erlassen werden. Es ist dafür aber nach § 816, 707 das. das roceßgericht der Hauptsache ausschließlich zuständig und dem Amtsgericht r belegenen Sache in dringenden Fällen nach § 820 das. nur eine rbereitende Thätigkeit zugewiesen, während dem Hauptgericht die Ent- eidung über die Rechtmäßigkeit der getroffenen Verfügung vorbehalten rd. Als Gericht der Hauptsache soll, solange diese noch nicht in der erufungsinstanz anhängig ist, nach § 821 das. das Gericht 1. Instanz gesehen werden.

Die Ansicht des OLG. B., es sei, solange die Hauptsache noch nicht hängig, das Amtsgericht der belegenen Sache das allein zuständige richt, wird durch die dafür bezogenen §§ 799, 806, 816, 820, 821 nicht echtfertigt, da die im § 799 gegebene Wahl nur für den Arrest, nicht r für einstweilige Verfügungen gegeben ist (§§ 815 u. 816). Die weitere nsequenz jener Ansicht würde auch dahin führen, daß es, solange die uptsache noch nicht anhängig, in nicht dringenden Fällen (§ 820) über- upt an der Bestimmung eines Gerichts für den Erlaß einstweiliger Ver- ungen fehlen würde, während die Nothwendigkeit einstweiliger Ver- ungen auch dann vorliegen kann, wenn die Hauptsache noch nicht anhängig

Der Ausschluß solcher Verfügungen in diesem Fall hätte daher, wenn ollt, vom Gesetz ausgesprochen werden müssen, was nicht geschehen ist. ist also auch deren Zulässigkeit mit Grund nicht zu verneinen.

Sonach ist im vorliegenden Fall mit Rücksicht auf die Angabe des rthes des Streitgegenstands auf 6000 ℳ das Landgericht zu D. mit echt in dem angefochtenen Beschluß des OLG. für unzuständig erachtet den.

Beschluß des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 3. Juli 1880 i. S. Kurtz u. Gen. w. Langosch. Wck.

90. Paulianisches Rechtsmittel[1]) im Fall einer gegen Bezahlung des vollen Sachwerths geschehenen Veräußerung. Erforderniß der Vermögensverminderung.

Vgl. Bd. 12 Nr. 113; Bd. 21 Nr. 184; Bd. 28 Nr. 90; Bd. 29 Nr. 197.

Das Paulianische Rechtsmittel wird durch jede Vermögensentäußerung begründet, welche die dabei beabsichtigte Verkürzung von Gläubigern zur Folge gehabt hat. Eine Vermögensentäußerung aber nimmt derjenige vor, welcher, wie es in fr. 3 § 2 quae in fraudem cred. 42. 8 generell heißt, aliquid fecit, ut desinat habere quod habet. Darunter fällt vorzugsweise eine Eigenthumstradition körperlicher Sachen, mag ihr ein Kaufcontract oder ein anderes obligatorisches Geschäft zum Grunde liegen; denn in Folge der Tradition hat die tradirte Sache aufgehört im Vermögen des Tradenten zu stehen. Auch wird der Eintritt dieser Entäußerung dadurch nicht ungeschehen gemacht, daß der Trabent, als Verkäufer, den verabredeten Kaufpreis, welcher immerhin dem wahren Werth des Kaufobjects entsprechen mag, sofort bezahlt erhält; hierin ist nur eine Wiederergänzung des Vermögens in dessen Gesammtwerth zu erblicken, durch welche da, wo sie stattgefunden, das Klagerforderniß des eventus fraudis, insofern das Aequivalent zur Befriedigung der Gläubiger bei dem Schuldner oder in dessen Concursmasse sich noch befindet, nicht dagegen das Requisit der Entäußerung beseitigt werden kann. Wenn dem gegenüber nach der Ansicht von Hasenbalg zur Lehre von der actio Pauliana S. 21 f. der Begriff der Veräußerung, wie er dem fr. 3 cit. zum Grunde liegt, nur darnach sich bestimmen soll, ob der Schuldner durch seine Handlung die Gesammtheit der ihm zu Gebote stehenden Erfüllungsmittel vermindere, so daß die Klage nur dann stattnehmig sei, wenn eine Messung dieser Erfüllungsmittel mit dem allgemeinen Werthmesser Geld zur Zeit der Veräußerung zu einem geringeren Gesammtbetrage führe, so steht diese Ansicht weder mit den Worten der angeführten Quellenstelle, noch mit zweifellosen sonstigen Bestimmungen über das Paulianische Rechtsmittel und mit dem Zweck desselben im Einklang. Wer mit jenem Schriftsteller das Erforderniß der Veräußerungshandlung nur in einer durch die Veräußerung derzeitig bewirkten Verminderung des gesammten Vermögenswerths finden will, der muß consequent in dem Fall, wo der Schuldner eine Sache für die Hälfte ihres Werths verkauft und tradirt und diesen Preis sofort bezahlt erhalten hat, die Rescission nur insoweit, daß die Hälfte der Sache zurückzugeben oder zu vergüten ist, zulassen, da für den Betrag der andern, baar bezahlten, Hälfte eine Minderung des schuldnerischen Vermögens seinem Gesammtwerth nach nicht eingetreten ist, mithin insoweit die vermeintliche Voraussetzung

[1]) Vgl. d. CO. § 24 Ziff. 1

der Klage fehlen würde. Das fr. 7 l. c. bestimmt aber das Gegentheil, indem darnach auch der minore pretio fraudulos verkaufte fundus vollständig restituirt werden soll, wiewohl der Käufer diesen Preis bezahlt hat, rücksichtlich dessen die Frage aufgeworfen wird, ob derselbe zurückzugeben sei, und nach fr. 8 eod. ist solche Preiszahlung nur insoweit zu berücksichtigen, daß sie, sofern das Geld noch im Vermögen des Schuldners vorhanden, dem Käufer erstattet werden muß. Auch läßt sich schwerlich einwenden, im Fall voller Preiszahlung des Käufers trete eine Verkürzung der Gläubiger nicht durch die Veräußerung, sondern dadurch ein, daß der Schuldner den eingenommenen Preis später verbringe oder sonst verausgabe; diese letztere Handlung hat nur die Bedeutung, daß ungeachtet eines dem Schuldner zunächst und vorläufig zugegangenen Wertherſatzes der Erfolg der schädigenden Handlung, nämlich der Veräußerung, bestehen geblieben ist. Daß der Schuldner schon die Veräußerung in fraudulöser Absicht vorgenommen haben muß, versteht sich von selbst; unter dieser Voraussetzung aber ist nach dem Zweck des ganzen Instituts nicht wohl abzusehen, weshalb das Verfahren desjenigen, welcher seine Sache veräußert, um auch das dafür eingenommene, dem vollen Sachwerthe entsprechende Aequivalent, gewissermaßen die in ihren vollen Geldwerth umgesetzte Sache, seinen Gläubigern zu entziehen, gegen die Anfechtung mehr gesichert sein sollte als die fraudulöse Veräußerung, durch welche der Schuldner nur einen Theil des Sachwerths als Preis erzielt.

Die vorstehende Ansicht ist anscheinend auch die in der Praxis vertretene.

Seuffert Archiv Bd. 12 Nr. 113, Bd. 21 Nr. 184, Bd. 28 Nr. 90, Bd. 29 Nr. 197; vgl. auch Windscheid Pandekten (5. Aufl.) § 463 Ziff. 1 a. E. und Not. 8a.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 4. Juni 1880 i. S. J. Marhenke in Hannover w. den Curator im August Krüger'schen Concurse in Hannover wegen Eigenthums. W.

---

91. Ungültigkeit eines neben dem Zwangsvergleich im Concurse zwischen dritten Personen über eine Forderung an den Gemeinschuldner abgeschlossenen, diese Forderung begünstigenden Uebereinkommens[1]).

Vgl. Bd. 24 Nr. 182 mit Nachw., Nr. 183; Bd. 31 Nr. 297; Bd. 34 Nr. 256. — Auch Bd. 35 Nr. 329 mit Nachw.

A. hatte von B. 1221 fl. zu fordern. Als B. in Concurs gerieth, cedirte A. seinem Sohn C. einen Theil jener Forderung im Betrage von 671 fl., und C. ließ sich jetzt von der D., Schwiegermutter des Gemeinschuldners, versprechen, daß sie ihm 4 Wochen nach Beendigung des Con-

[1]) Vgl. deutsche CO. § 168.

curses die ganzen 671 fl. bezahlen wolle, falls der von B. proponirte 5procentige Ausgleich mit dessen Concursgläubigern zu Stande komme, entgegengesetzten Falls solle die D. ihrer Zahlungspflicht enthoben sein. Dieses Uebereinkommen wurde auf Grund des § 226 der (österr.) CO. von der auf Zahlung belangten D. als nichtig angefochten und auch gerichtsseitig für nichtig erklärt. In der Revisionsinstanz wurde ausgesprochen:

Die CO. setzt, indem sie bei dem kaufmännischen Concurse den Zwangsausgleich zuläßt, voraus, daß der Ausgleich ein redlicher sei. Aus dieser Rücksicht wird im § 226 der CO. jedes außer dem Ausgleich getroffene Uebereinkommen, wodurch das in die Ausgleichsmasse gehörige Vermögen seiner Bestimmung entzogen, weiter aber auch jedes Uebereinkommen für ungültig erklärt, wodurch einem Gläubiger, auf dessen Ansprüche der Concurs sich erstreckt, größere Vortheile oder bessere Bedingungen, als nach den §§ 222 und 223 zulässig ist, eingeräumt werden, auch wenn dazu das in die Ausgleichsmasse gehörige Vermögen nicht in Anspruch genommen wird. Auch bei den Uebereinkommen der letzteren Art, wenn die größeren Vortheile oder die besseren Bedingungen von einem Dritten aus dessen Vermögen geboten werden, ist die Stimme des begünstigten Gläubigers und der dadurch bedingte Ausgleich gefälscht, weil der Gläubiger bei seiner Abstimmung nicht von der richtigen Beurtheilung des Standes der Masse und der Ansprüche der concurrirenden Gläubiger darauf allein geleitet wird, sondern wesentlich auch den ihm außerdem gebotenen Vortheil veranschlagt, daher auf einer andern Grundlage stimmt als die übrigen Gläubiger. Um ein Uebereinkommen der letzteren Art handelt es sich hier. Die Vereinbarung wurde über eine vom Ausgleich betroffene Forderung mit Beziehung auf den abzuschließenden Ausgleich und in Gewärtigung desselben getroffen, und es kann nicht entscheidend sein, daß sie scheinbar zwischen einem Cessionar des Concursgläubigers und der Schwiegermutter des Gemeinschuldners zu Stande kam, weil abgesehen von den persönlichen Verhältnissen, die ergeben, daß eigentlich die Person des Gläubigers und die des Schuldners sich nicht geändert haben, nicht die Identität der Personen, d. h. daß der Gemeinschuldner mit einem Concursgläubiger contrahirte, sondern der Umstand entscheidet, daß die Stimme des Gläubigers bei dem Ausgleich in Folge des Uebereinkommens nicht so beschaffen war, wie das Gesetz voraussetzt.

Entsch. des obersten Gerichtshofs zu Wien v. 1. April 1880. Allg. österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1880 S. 211.

I. Civilrecht.

92. Statutencollision. Die Verjährungsfrist für im Ausland ausgestellte und zahlbare Wechsel unterliegt dem ausländischen Recht, auch wenn dort die Klagverjährung als processuales Rechtsinstitut angesehen wird.

Vgl. Bd. 35 Nr. 87 mit Nachw.

„Die eingeklagten promissory notes sind . . . als eigene Wechsel zu behandeln und würden daher nach Art. 100 der deutschen WO. verjährt sein, während sie nach dem in New-York geltenden Recht erst in 6 Jahren verjähren und diese Frist noch nicht abgelaufen ist. Da nun die hier fraglichen promissory notes in New-York ausgestellt und zahlbar gemacht sind, ist dort der Sitz der eingeklagten Forderung und unterliegt dieselbe dem dort geltenden materiellen Recht. Nach hiesigem Recht ist aber auch die Klagverjährung, wie im Einklang mit den vom Berufungsrichter angeführten Entscheidungen des OAG. in Lübeck und des ROHG. auch vom Reichsgericht bereits anerkannt ist (Entsch. Bd. 1 Nr. 51 S. 125 ff.), nicht als ein Institut des Processes, sondern des materiellen Rechts aufzufassen, und die vorigen Richter haben deshalb mit Recht angenommen, daß die Klagforderung nicht der hiesigen 3jährigen, sondern der in New-York geltenden 6jährigen Verjährung unterliege.

Diese Nichtanwendung der heimischen Verjährungsfrist ist auch dann gerechtfertigt, wenn, wie Beklagter behauptet, nach dem in New-York geltenden Recht, bzw. der dort herrschenden Doctrin, die Klagverjährung als ein processuales Rechtsinstitut betrachtet werden sollte. Denn dies dürfte den deutschen Richter nicht veranlassen, das deutsche Verjährungsgesetz auf eine Forderung anzuwenden, welche demselben nach den Grundsätzen des deutschen Rechts nicht unterliegt. Indem der Richter dieses letzteren anwendet, macht er sich nicht einer unzulässigen Anwendung ausländischen Proceßrechts schuldig. Uebrigens ist es auch unbegründet, die Klagverjährung in solchen Rechtsgebieten, wo sie ohne Rücksicht auf den Sitz der Obligation stets nach dem am Proceßort geltenden Recht beurtheilt wird, schon deshalb als ein processuales Institut anzusehen; denn

dieser Grundsatz ist vielmehr eine Consequenz der über die sog. Collision der Statuten geltenden Anschauung."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 8. Mai 1880 in einer hamburg. Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 13 ff.

---

93. Mißheirath zwischen einem Mann von hohem Adel und einer Frau aus dem Bürgerstande.

Fürst Ludwig zu Sayn-Wittgenstein-Sayn vermählte sich im Jahr 1867 mit der Tochter eines Bankiers Lilienthal in Berlin. Nach dem im Jahr 1876 erfolgten kinderlosen Ableben des Fürsten erhob dessen Bruder gegen die Wittwe eine Klage mit dem Antrage: der Beklagten das Recht abzusprechen, den Titel einer Fürstin zu Sayn-Wittgenstein-Sayn ferner zu führen und sich des fürstlich Wittgenstein'schen Geschlechtswappens zu bedienen. Dieser Klage wurde in allen Instanzen stattgegeben. Höchstrichterlich ward Folgendes ausgesprochen:

„Da feststeht, daß die Frau Beklagte von Geburt dem Bürgerstande angehört, so haben die Vorrichter mit Recht die Ehe derselben mit dem Fürsten Ludwig, einem Mitglied des hohen Adels, für eine Mißheirath erklärt. In der Doctrin und in der Praxis der Gerichte herrschen allerdings über die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Ehe eines dem hohen Adel angehörenden Mannes als eine Mißheirath zu erachten sei, verschiedene Ansichten. Während von einer Seite behauptet wird, jede Ehe eines Mannes vom hohen Adel mit einer nicht zum hohen Adel gehörenden Frau sei eine Mißheirath, wird andrerseits vielfach die Ansicht vertreten, daß die Ehen mit Frauen von niederem Adel als gleiche Ehen anzusehen seien, sofern nicht die in der einzelnen Familie bestehenden Hausgesetze oder die Hausobservanz entgegenstehen. Welcher dieser Ansichten der Vorzug zu geben sei kann hier dahingestellt bleiben, weil jedenfalls die Ehen hochadliger Männer mit Frauen bürgerlichen Standes nach den geltenden allgemeinen Grundsätzen des Staats- und Privatfürstenrechts unter den Begriff der unstreitig notorischen Mißheirathen fallen. Es ist zwar auch dieser Satz von einzelnen Schriftstellern bestritten worden, indem entweder zwischen dem höheren und niederen Bürgerstande unterschieden und nur eine Verbindung mit letzterem für eine standeswidrige erklärt wird, oder nur Ehen von Herren aus reichsständischen Häusern mit Frauen leibeigener oder knechtischer Herkunft als notorische Mißheirathen anerkannt werden. Diese Ansicht kann jedoch für zutreffend nicht erachtet werden, selbst wenn man nicht die zuerst erwähnte strengste Meinung, sondern die Annahme billigt, daß Ehen hochadliger Männer mit dem niederen Adel angehörenden Frauen als Mißheirathen nicht zu bezeichnen seien.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der im älteren deutschen Recht
estehende Grundsatz, wonach nur die Ehe eines Freien mit einer Unfreien
ls eine standesungleiche galt, während bei Ehen unter Freien keine die
leiche Rechtsgenossenschaft der Ehegatten und ihrer Kinder beeinträchtigende
bsonderung stattfand, schon im Lauf des 13. Jahrhunderts dahin abge-
ndert worden, daß das Ebenbürtigkeitsprincip in gleicher Strenge und
irksamkeit bei Ehen unter verschiedenen Klassen der Freien, namentlich
wischen hohen und niederen Freien zur Geltung gelangt sei. Denn nach
em neueren deutschen Reichsherkommen, wie solches in der Wahlcapitulation
aiser Karl's VII. von 1742 einen reichsgesetzlichen Ausdruck erlangt hat,
urde die Ehe eines reichsständischen Mannes mit einer Frau bürgerlicher
erkunft und zwar ohne Unterscheidung eines höheren und gemeinen Bürger-
andes als „unstreitig notorische Mißheirath" angesehen und ohne Consens
er Agnaten der Wirkungen der Ebenbürtigkeit beraubt. Der Begriff der
otorischen Mißheirath ist allerdings weder vor noch nach der Wahl-
apitulation von 1742 gesetzlich festgestellt, indem die einem Reichsschluß
orbehaltene nähere Bestimmung, „was eigentlich notorische Mißheirathen
ien", nicht getroffen, vielmehr nur die Clausel des Art. 22 § 4 der Wahl-
apitulation von 1742 in die späteren kaiserlichen Wahlcapitulationen
ieder aufgenommen worden ist. Allein die Veranlassung der Aufnahme
er in Art. 22 § 4 cit. enthaltenen Zusage, die voraufgegangenen Verhand-
ungen, sowie die Anwendung jener Bestimmung in einer Reihe von Fällen
urch den Reichstag und die obersten Reichsbehörden, lassen die von der
berwiegenden Mehrzahl der Publicisten vertretene und in der Praxis der
erichtshöfe zur Anerkennung gelangte Ansicht als die richtige erscheinen,
onach jedenfalls Ehen dem hohen Adel angehöriger Männer mit Frauen
us dem Bürgerstande zu den „unstreitig notorischen Mißheirathen" zu
chnen sind. Die nächste Veranlassung zu der Aufnahme der gedachten
estimmung in die Wahlcapitulation gab bekanntlich die Ehe des Herzogs
nton Ulrich von Sachsen-Meiningen mit der Tochter eines Hauptmanns
churmann. Nachdem die Agnaten bei dem Kaiser und dem Reichshofrath
rauf angetragen hatten, die der Gemahlin und den Kindern des Herzogs
theilte kaiserliche Standeserhöhung für kraftlos zu erklären, und der
erzog hiergegen protestirt hatte, erging auf ein Gutachten des Reichshof-
ths ein kaiserliches Decret vom 25. September 1744, worin ausgesprochen
urde, „daß dieser Fall durch die von dem Kaiser beschworene Wahl-
pitulation schon für entschieden anzunehmen". Der Herzog ergriff hiergegen
ar noch den Recurs an die Reichsversammlung; allein durch einen auf
n Reichsgutachten erfolgten, am 4. September 1747 erlassenen Reichsschluß
urde ausgesprochen, daß der Herzog mit dem Recurse abzuweisen sei, und
n in seiner bekannten Mißheirath erzeugten Kindern das Recht auf die
rzoglich sächsische Würde und Successionsfähigkeit abgesprochen. Es wurde

also eine Ehe mit einer nicht dem gemeinen Bürgerstande angehörigen Frau als eine „unstreitig notorische Mißheirath“ im Sinn der Wahlcapitulation angesehen und behandelt. Dasselbe geschah in einer Reihe anderer Fälle: so wurde namentlich durch Reichshofrathserkenntniß von 1748 die 1715 von dem Erbprinzen Karl Friedrich von Anhalt-Bernburg mit Wilhelmine Nüßler, der Tochter eines Kanzleiraths, also einer ebenfalls nicht dem niederen Bürgerstande angehörigen Frau, geschlossene Ehe für eine Mißheirath erklärt:

vgl. Hefftter die Sonderrechte der souv. u. der mediatis. vorm. reichsständ. Häuser Deutschlands S. 115; Kohler Handb. des deutsch. Privatfürstenrechts S. 130.

Darnach ist nicht zu bezweifeln, daß bis zur Auflösung des deutschen Reichs ein feststehendes Reichsherkommen bestanden hat, wonach die Ehen der Mitglieder des hohen Adels mit Frauen aus dem Bürgerstande als Mißheirathen zu betrachten sind und der Wirkungen der Ebenbürtigkeit entbehren, und daß es nicht gerechtfertigt ist, auch für die neuere Zeit den Begriff der Mißheirath auf Ehen des hohen Adels mit Personen unfreier Geburt zu beschränken. Diese Grundsätze des Reichsrechts sind auch durch die Auflösung des deutschen Reichs nicht beseitigt, bestehen vielmehr noch jetzt als geltendes Recht für den hohen Adel fort; sie sind durch die deutsche Bundesacte und namentlich auch durch die preußische Gesetzgebung über die Rechtsverhältnisse der Standesherren aufrecht erhalten:

vgl. Art. XIV der deutschen Bundesacte v. 8. Juni 1815; Königl. Verordnung v. 21. Juni 1815; Instruction v. 30. Mai 1820; Ges. v. 10. Juni 1854; Königl. Verordnung v. 12. Novbr. 1855.

. . . . . .

Durch die neuere Gesetzgebung, insbesondere im Königreich Preußen durch Art. 4 der Verfassungsurkunde, sind nun zwar alle Standesvorrechte aufgehoben und damit auch die früher zwischen dem niederen Adel und dem Bürgerstande bestehenden politischen, staatsbürgerlichen Standesunterschiede beseitigt; auch haben im Uebrigen die Anschauungen über die Stellung des Bürgerstandes und sein Verhältniß zum niederen Adel sich wesentlich im Vergleich zu den Anschauungen, welche im 18. Jahrhundert herrschten, geändert. Allein daraus kann nicht, wie die Frau Revidentin meint, gefolgert werden, daß, weil eine Ehe eines Herrn aus vormals reichsständischem Hause mit einer Frau von niederem Adel eine „Mißheirath“ nicht sei, auch eine Ehe mit einer dem Bürgerstande, mindestens mit einer dem höheren Bürgerstande angehörenden Frau jetzt als eine ebenbürtige angesehen werden müsse. Denn trotz der verfassungsmäßigen Aufhebung aller Standesvorrechte dauern Adel und Bürgerstand noch fort, und es handelt sich hier um ein durch die deutsche Bundesacte völkerrechtlich vereinbartes Princip und Singularrecht des hohen Adels. Es kann daher für die Feststellung der

Voraussetzungen der Ebenbürtigkeit der Ehen desselben nicht auf die jeweiligen Anschauungen über die sociale Stellung des Adels und Bürgerstandes und die politische Gleichstellung des letzteren mit dem ersteren ankommen, sondern es muß der durch das Reichsherkommen und die Reichsgesetzgebung festgestellte, durch die deutsche Bundesacte und die preußische Gesetzgebung aufrecht erhaltene Begriff der Ebenbürtigkeit als maßgebend erachtet werden.

. . . Da auch eine Zustimmung der Agnaten zu der Ehe der Frau Beklagten mit dem Fürsten Ludwig nicht erfolgt ist, so muß dieselbe als eine Mißheirath angesehen werden.

Fragt es sich dann, welche Wirkungen die von einem Mitglied des hohen Adels mit einer Frau des Bürgerstandes eingegangene Ehe habe, so kann es zwar keinem Zweifel unterliegen, daß eine solche Ehe, sofern die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, als eine vollkommene, wahre Ehe anzusehen sei. Sie ist aber keine bürgerlich vollwirksame, es tritt insbesondere, worauf es hier nur ankommt, die Frau nicht in den Stand des Mannes ein, behält vielmehr ihren bisherigen Stand bei. Sie nimmt daher nicht Theil an den Standesvorrechten des Mannes, ist namentlich nicht berechtigt, den fürstlichen oder gräflichen Titel und das Geschlechtswappen als Zeichen und Ausdruck des Ranges und Standes ihres Mannes und der Zugehörigkeit zu der hochadeligen Familie zu führen. . . .

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 7. Mai 1880. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 145 ff.

---

4. Die Verjährung gegen einen ausgeschiedenen Genossenschafter kann auch durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren der inzwischen aufgelösten Genossenschaft oder die Concursmasse der letzteren unterbrochen werden.

Gegen den am 11. April 1875 in Liquidation getretenen Creditverein L., eingetragene Genossenschaft, ward auf Antrag der Klägerin vom 1. Mai 1875 am 30. Juni s. J. die Eröffnung des Concursverfahrens verfügt. An der am 25. September s. J. angemeldeten Forderung erlitt die Klägerin bei Beendigung des Concurses zu Anfang 1878 einen Ausfall von ca. 1000 M. und klagte davon nun sofort einen Betrag von 1000 M. gegen den Genossenschafter H. ein, der schon am 28. August 1874 seinen Austritt aus dem Verein erklärt, jedoch erst am 25. Februar 1875 davon Anzeige im Handelsgericht gemacht hatte. Beklagter berief sich auf Verjährung des Anspruchs gegen ihn, und darüber äußern sich die höchstrichterlichen Entscheidungsgründe wie folgt:

„Nach § 12 Abs. 1 und § 51 Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 4. Juli 1868 . . . kann, abgesehen von dem Fall, wo die Eröffnung eines Concurses nicht erfolgen kann, der Genossenschaftsgläubiger die Solidarhaft der

einzelnen Genossenschafter nur in Anspruch nehmen, wenn der Concurs gegen die Genossenschaft durchgeführt ist und sich dabei ein Ausfall für die im Concurse geltend gemachte Forderung ergeben hat. Wenn trotzdem das Gesetz (§ 63) die für diesen Anspruch bestimmte kurze Verjährungsfrist schon beginnen läßt mit dem Eintrage des Ausscheidens eines Genossenschafters oder der Auflösung der Genossenschaft in die betr. Register, also zu einer Zeit, wo ein Klagrecht gegen den einzelnen Genossenschafter noch garnicht besteht, so mußte es selbstverständlich auch die Mittel gewähren, diese Verjährung in anderer Weise als durch eine Klage gegen den Genossenschafter zu unterbrechen. In diesem Sinn sind die Bestimmungen des § 6 des angef. Ges. gegeben; sie sollen den Gläubiger in die Lage setzen, sich unter allen Umständen gegen fragliche Verjährung dadurch zu schützen, daß er der Genossenschaft gegenüber die erforderliche Diligenz in Geltendmachung seines Rechts bewährt.

Allerdings läßt sich nicht verkennen, daß der Gesetzgeber diesem Gedanken, der ihn leitete, nur unvollkommen Ausdruck gegeben hat. Er trifft nur Vorsorge für die zwei sich zunächst darbietenden Fälle, nämlich 1) den Fall, wo ein Genossenschafter ausscheidet und die Verjährung gegen die noch fortbestehende Genossenschaft unterbrochen werden soll, und 2) den Fall, wo die Genossenschaft sich auflöst und die Verjährung gegen die in Liquidation oder im Concurse befindliche Genossenschaft unterbrochen werden soll, übersieht jedoch den dazwischen liegenden Fall, wo ein Genossenschafter ausscheidet und noch innerhalb der Verjährungszeit die Genossenschaft sich auflöst, also die Verjährung zum Theil der fortbestehenden, zum Theil der in Liquidation oder im Concurse befindlichen Genossenschaft gegenüber zu unterbrechen wäre.

Wollte man am bloßen Wortlaut haften, so käme man zur Ansicht des Appell.-Richters, daß im Fall des Ausscheidens eines Genossenschafters (§ 64 Abs. 1) die Verjährung *nur* durch Rechtshandlungen gegen die *fortbestehende* Genossenschaft unterbrochen werden könne, also nie durch Rechtshandlungen gegen die aufgelöste Genossenschaft. Folge hiervon wäre, daß vom Augenblick der Auflösung der Genossenschaft an und bis zur Beendigung des Concurses dem ausgeschiedenen Genossenschafter gegenüber eine Unterbrechung der Verjährung nicht möglich sein würde. Dies stände in offenstem Widerspruch mit dem Zweck des Gesetzes, kann also unmöglich als gewollt gelten; vielmehr ist anzuerkennen, daß das Gesetz eine Lücke bietet, welche nach dem ihm zu Grunde liegenden Zweck, unter Zusammenhalt der in § 64 (Abs. 1 u. 2) gegebenen Bestimmungen, dahin zu ergänzen ist, daß auch dem *ausgeschiedenen* Genossenschafter gegenüber die Verjährung eintretenden Falls durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren der aufgelösten Genossenschaft oder deren Concursmasse unterbrochen werden könne.

Für diese Auffassung spricht insbesondere auch die Entstehung des § 64. Die Bestimmungen dieses Paragraphen, welche aus dem Gesetzesvorschlage von Schulze-Delitzsch unverändert und ohne nähere Discussion in das preuß. Gesetz vom 27. März 1867 und das Bundesgesetz vom 4. Juli 1868 aufgenommen wurden, sind ganz den Bestimmungen des Art. 148 des HGB. nachgebildet. Man begnügte sich, den Abs. 1 des Art. 148, welcher bestimmt, daß die Verjährung zu Gunsten eines ausgeschiedenen Gesellschafters durch Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Gesellschaft nicht unterbrochen werde, dahin zu ändern, daß die Verjährung zu Gunsten eines ausgeschiedenen Genossenschafters durch Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Genossenschaft unterbrochen werde, d. h. an Stelle einer Verneinung eine Bejahung zu setzen. Den Fall der Auflösung der Genossenschaft während der Verjährungszeit überging man in gleicher Weise, wie Art. 148 Abs. 1 den Fall der Auflösung der Gesellschaft nicht vorgesehen hatte, und beachtete dabei nicht, daß nach der bezeichneten Aenderung und bei der Verschiedenheit der Zwecke beider Gesetzesstellen die nämliche Unterlassung, welche bei der einen ganz unerheblich war, bei der andern zu Zweifeln und Mißdeutungen Anlaß geben konnte.

Hieraus ergiebt sich klar, daß es nur auf einer, aus besonderen Umständen sich herleitenden mangelhaften Redaction beruht, wenn das Gesetz seinen Willen nur in unvollkommener Weise ausspricht, daher nichts im Wege steht, dem wahren Willen des Gesetzgebers Ausdruck zu verschaffen. Ganz richtig hat daher das badische Genossenschaftsgesetz vom 11. Februar 1870 die Bestimmungen in Abs. 1 des § 64 a. a. O. dahin ergänzt, daß es am Schluß sagt: „wohl aber durch Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Genossenschaft, oder die Liquidatoren bzw. die Concursmasse".

Es könnte scheinen, als ob diese Auslegung des § 64 Abs. 1 sich mit der Bestimmung in § 3 Abs. 4 des Einführungsgesetzes zur Concursordnung insofern in Widerspruch setze, als hier der Gesetzgeber einen andern Sinn jener Gesetzesstelle voraussetze; allein dies ist in der That nicht der Fall, denn fragliche Bestimmung wurde nur gegeben, um durch eine bestimmte klare Verfügung jeden Anlaß zu Zweifeln zu beseitigen, keineswegs weil man es für unmöglich hielt, das Nämliche schon aus § 64 Abs. 1 zu folgern. Uebrigens ist darauf hinzuweisen, daß jene Gesetzesbestimmung nur für den Fall des Concurses, nicht aber auch für den Fall der Liquidation Vorsorge trifft, in letzterer Beziehung also die Frage, ob § 64 Abs. 1 in dem erörterten weiteren Sinn aufzufassen sei, auch in Zukunft ihre Bedeutung behält." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 29. Juni 1880 in einer bayer. Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 10 ff.

95. Die Benutzung eines öffentlichen Weges, auch wenn sie seit unvordenklicher Zeit stattfand, bewirkt regelmäßig kein privates Recht darauf*. — Ueber die Zulässigkeit von Popularklagen nach heutigem Recht, insbesondere des interdictum ne quid in loco publico fiat mit Bezug auf Veränderungen öffentlicher Wege durch die zuständige Behörde***.**

* Vgl. Bd. 3 Nr. 146; Bd. 4 Nr. 81; Bd. 9 Nr. 136, 159; Bd. 28 Nr. 14; Bd. 30 Nr. 115; Bd. 34 Nr. 90, 91. — ** Vgl. Bd. 29 Nr. 139 mit Nachw., 140; Bd. 32 Nr. 47. — *** Vgl. Bd. 34 Nr. 90 mit Nachw. unter **.

In einem von Angehörigen der Ortschaft U. gegen den königl. Eisenbahnfiscus wegen Verlegung eines Weges anhängig gemachten Rechtsstreit wurde von dem Berufungsgericht die auf Wiederherstellung des verlegten Weges in seiner früheren Richtung abzielende Klage unter der thatsächlichen Feststellung abgewiesen, daß nach dem Ergebniß des Beweisverfahrens feststehe, daß dieser Weg von jeher ein dem öffentlichen Gebrauch für Jedermann bestimmter öffentlicher Weg war. In der die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verwerfenden oberstrichterlichen Entscheidung ist in diesem Punct gesagt:

Mit dieser Feststellung des Berufungsgerichts ist der rechtliche Ungrund des erhobenen Anspruchs dargethan. Wenn nämlich jener Weg, auf welchen die Kläger durch unvordenkliche Verjährung einen privatrechtlich verfolgbaren Anspruch erworben haben wollen, von jeher, wie festgestellt ist, ein Jedermann zugänglicher öffentlicher Weg war, dann fehlt es dem behaupteten Rechtserwerb an der wesentlichen Voraussetzung, daß der unvordenkliche Zustand als ein Rechtszustand bestanden habe. Denn, wie Windscheid (Pandektenrecht § 113 Not. 5) richtig bemerkt, solche Zustände, in welchen eine Rechtsausübung sich nicht darstellt, werden auch durch die unvordenkliche Verjährung nicht zu rechtlichen erhoben. Auch Savigny (System Bd. 4 S. 516) stellt für den Rechtserwerb durch unvordenkliche Verjährung als Grundbedingung auf, daß derjenige, welcher dieselbe geltend machen will, einen Zustand behaupten müsse, worin der Genuß gewisser Vortheile nicht ein bloß zufälliger und willkürlicher Genuß war, sondern als Ausübung eines Rechts erschien. Darin nun, daß ein öffentlicher Weg, welcher nach seiner Bestimmung von jeher Jedermann frei zugänglich war, von den Bewohnern eines Orts von jeher als Weg benutzt wurde, kann die Ausübung eines Rechts mit der Wirkung eines sich dadurch vollziehenden Rechtserwerbs nicht erblickt werden. Denn die dem Rechtserwerb im Wege der unvordenklichen Verjährung zu Grunde liegende Vermuthung eines rechtmäßigen Erwerbs kann da nicht platzgreifen, wo dargelegt ist, daß der behauptete Zustand in einem anderen als privatrechtlichen Verhältniß des darauf sich Berufenden seine Erklärung findet. Es kommt also darauf an, ob in dem einzelnen Fall ein derartiger Rechtszustand gedacht werden kann (Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. 7 S. 188).

Im vorliegenden Fall ist nun mit der Feststellung, daß der Weg Pl.-Nr. 505½ von jeher für den allgemeinen Verkehr bestimmt und deshalb Jedermann zugänglich war, die Annahme unvereinbar, daß die Kläger und ihre Vorfahren durch die bloße Benutzung dieses Weges und ohne Hinzukommen irgend einer Thatsache, welche dieser Benutzung einen andern rechtlichen Charakter verleihen würde, diesem factischen Zustande die Eigenschaft einer wirklichen Rechtsausübung beilegen konnten. Der von der klagenden Partei betonten Absicht und dem Bewußtsein, ein Recht auszuüben, fehlt es an der erforderlichen thatsächlichen Unterlage, sofern das Recht, eine öffentliche Straße zu begehen, nicht der Ausfluß eines Privatrechts ist und eben deshalb, wenn auch noch so lange fortgesetzt, ein solches nicht schaffen kann (Pfeiffer a. a. O. Bd. 2 § 3).

Die Beschwerde erachtet ferner verletzt die römischrechtlichen Bestimmungen in fr. 1 de loc. et it. publ. 43. 7 und fr. 2 § 45 ne quid in loco publ. 43. 8 über das interdictum ne quid in itinere publico fiat. — Mit der Inanspruchnahme des in diesen Gesetzesstellen begründeten Rechtsmittels für seine Mandanten stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunct, daß denselben nicht in Kraft eines eigenen besonderen Rechtstitels ein Einspruch zustehe gegen die an dem in Frage stehenden Wege durch den beklagten Fiscus bewirkte Veränderung, sondern daß sie als Angehörige des Publicums berechtigt seien zu verlangen, in dem Gebrauch eines öffentlichen Weges nicht gestört zu werden, wie es in der angeführten Digestenstelle heißt: cuilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat. Hiernach will der erhobene Anspruch im Wege einer sog. Popularklage zur rechtlichen Geltung gebracht werden. Allein nach heutigem gemeinen Recht kann eine ausnahmslose Geltung dieses dem röm. Recht angehörigen Instituts nicht behauptet werden, da dasselbe dem öffentlichen Recht angehört. Es geht deshalb auch die Ansicht der gemeinrechtlichen Schriftsteller (vgl. insbes. Puchta Pand. § 35[a]; Seuffert Pand. § 422[a]) dahin, daß diesen Interdicten zum Schutz des Gebrauchs öffentlicher Sachen nur dann auch heutzutage noch stattzugeben ist, wenn nicht eine stets bereite und überall ausreichende Amtsthätigkeit dieselbe überflüssig macht. In keinem Fall kann aber durch diese Rechtsmittel der Anspruch, das unveränderte Fortbestehen eines öffentlichen Weges in seiner bisherigen Gestaltung zu verlangen, da begründet werden, wo durch die zuständige Behörde die Aufhebung oder Verlegung desselben verfügt worden ist (Seuffert Archiv Bd. 17 Nr. 121).

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 25. Novbr. 1880. HV. Nr. 5724.

v. L.

96. Ist der Wechsel eine Sache?

Vgl. Bd. 8 Nr. 12; Bd. 15 Nr. 238.

Nach den §§ 1063—1065 Thl. I Tit. 11 des preuß. A. LR. müssen Schenkungsverträge gerichtlich errichtet werden. Wenn aber eine geschenkte bewegliche Sache oder Summe dem Geschenknehmer bereits übergeben worden ist, so findet eine Rückforderung wegen des Mangels eines gerichtlichen Vertrags nicht statt. Bei einer durch Uebergabe eines Wechsels vollzogenen Schenkung kam es zur Frage, ob der Wechsel zu den beweglichen Sachen zu rechnen sei. In dieser Hinsicht heißt es in den Entscheidungsgründen:

„Die Klägerin fordert aus dem vom Erblasser der Beklagten ausgestellten Solawechsel vom 29. December 1878 über 10000 ℳ Zahlung, und die Verklagten sind zur Zahlung auch verurtheilt worden. Den Einwand der Beklagten, daß dem Klagewechsel ein formungültiges Schenkungsversprechen zum Grunde liege, hat der Appell.-Richter verworfen, und hiergegen ist die Nichtigkeitsbeschwerde unter Berufung auf die §§ 1063, 1064, 1065 Thl. I Tit. 11 des preuß. A. LR. gerichtet. Allein dieselbe konnte keinen für die Beklagten günstigen Erfolg haben.

Der Appell.-Richter stellt die behauptete Schenkung unter den Schutz des § 1065 a. a. O., wonach durch die vollzogene Uebergabe einer geschenkten beweglichen Sache an den Geschenknehmer der Mangel der gerichtlichen Form ersetzt und die Rückforderung ausgeschlossen wird. Diese Bestimmung, so führt der Appell.-Richter aus, gelte auch von Rechten und Forderungen, sofern nur die Abtretungshandlung selbst, auf welcher der Uebergang an den Beschenkten beruhe, analog der Uebergabe körperlicher Sachen, wirklich eingetreten und so die Schenkung vollzogen sei. Deshalb sei auch die schenkungsweise Ausstellung und Aushändigung eines eigenen Wechsels an den Beschenkten kein bloß ungültiges Schenkungsversprechen, welches erst die Erfüllung für die Zukunft erheische, sondern eine wirklich vollzogene und deshalb gültige Schenkung, daher der Beschenkte in den thatsächlichen Besitz des Wechsels und durch diesen in die Dispositionsbefugniß über die durch den Wechsel begründete und verkörperte Forderung gelangt. In dieser Rechtsauffassung ist eine Verletzung des § 1065 a. a. O. nicht erkennbar. Denn „Sache" heißt im Allgemeinen Alles, „was Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit sein kann", und im Besonderen dasjenige, „was entweder von Natur, oder durch die Uebereinkunft der Menschen eine Selbständigkeit hat, vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden Rechts sein kann" (§§ 1, 3 Thl. I Tit. 2 a. a. O.). Ein Wechsel, in der Regel auf Grund eines Vorvertrages, pactum de cambiando, von dem Geber ausgestellt, begründet in der Hand des Ausstellers, also vor seiner Aushändigung an den Nehmer, zwar noch keine Wechselobligation, noch kein wechselmäßiges Forderungsrecht; allein er stellt in seiner objectiven

realen Aeußerlichkeit mit dem Act der Creation — und somit noch vor der Aushändigung an den Nehmer — eine „bewegliche körperliche Sache" dar, welche an sich und nach dem Willen der Wechselinteressenten geeignet ist, Gegenstand eines Rechtsverhältnisses zu sein, und welche durch die Thatsache der Aushändigung — und selbst durch die Circulation ohne den Transportwillen des Ausstellers — auf Grund ihrer formalen und abstracten Rechtsnatur wechselmäßige Ansprüche zu begründen geeignet ist. Daß ein so qualificirtes, selbständiges, von dem Begebungsgrunde losgelöstes, daher nicht den letzteren beurkundendes, seine Wirksamkeit — insbesondere bei Blancosignaturen — in den Besitz verlegendes und daher gleichsam schon einen gewissen ökonomischen Werth in sich tragendes Wechselpapier, als eine bewegliche körperliche Sache, animo donandi dem Nehmer übergeben und somit als Erfüllung eines Schenkungsversprechens, als Vorvertrages, dienen kann, unterliegt um so weniger einem berechtigten Zweifel, als sonst ein Wechsel durch die Ausstellung niemals zu Zwecken der Liberalität verwendet werden könnte, hierzu vielmehr nur eine Begebung in Form eines Indossaments — nach Schaffung der Wechselobligation — geeignet wäre. Und doch dient die Ausstellung des Wechsels im Verkehr auch freigebigen Geldoperationen. Hiernach ist der § 1065 a. a. O. nach Wortsinn und Bedeutung nicht verletzt."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 19. Juni 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Oest w. Wartenberg'sche Erben. Wck.

---

97. Unwahre Angaben des Verkäufers über den Miethertrag des verkauften Hauses können auch als Anpreisungen dessen Haftbarkeit ex capite doli bewirken*; die culpa des Getäuschten ist einflußlos**.

*Vgl. Bd. 17 Nr. 129; Bd. 18 Nr. 235, 237; Bd. 29 Nr. 16. — **Vgl. Bd. 13 Nr. 86 mit Nachw.; Bd. 19 Nr. 26; Bd. 30 Nr. 9.

Der Einwand des Beklagten, daß Kläger ihm bei Abschluß eines Hauskaufs die unwahre Zusicherung eines bestimmten Mietherträgnisses gemacht habe, wurde von dem Gericht zurückgewiesen, weil solche Zusicherungen lediglich als Anpreisungen des Kaufgegenstands in Betracht kämen, aus welchen rechtliche Consequenzen für den Kläger um so weniger gezogen werden könnten, als ja Beklagter genügende Gelegenheit gehabt habe, sich über die Wahrheit oder Unwahrheit derselben zu vergewissern. — Diese Entscheidung wurde oberstrichterlich nicht gebilligt, und zwar aus folgenden Gründen:

Diese Abweisung der Vertheidigung des Beklagten verstößt gegen die vom Nichtigkeitskläger angeführten gesetzlichen Bestimmungen über den Betrug in Vertragsverhältnissen und dessen rechtliche Wirkungen (fr. 37 de dolo

malo 4. 3). Nach den Behauptungen des Beklagten haben nämlich die Kläger, wohl wissend, daß der Miethzins in dem betreffenden Jahre nur 1560 M. betrage, dem Beklagten vor wie bei Abschluß des Kaufvertrages betrüglicherweise vorgespiegelt, daß die Jahresmiethe sich auf 2016 M. belaufe. Sind diese Behauptungen richtig, ist Beklagter in der That bei Eingehung des Vertrages durch arglistige Vorspiegelungen der Kläger in der bezeichneten Weise getäuscht und beschädigt worden: so sind die Kläger nach der angeführten Gesetzesbestimmung demselben zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet. . . . .

Der Ausspruch im angefochtenen Urtheil, daß die behauptete Zusicherung nur als Anpreisung des Kaufgegenstands in Betracht käme, schließt nun wohl die Verneinung des Bestehens eines rechtswirksamen Garantievertrags in sich, oder stellt sich als eine aus dieser Verneinung abgeleitete Folge dar; er enthält aber nicht nothwendig zugleich die Verneinung des Vorhandenseins einer betrüglichen Vorspiegelung auf Seiten der Kläger, da eine solche auch bei der Anpreisung des Kaufgegenstands vorkommen kann, in welchem Fall selbstverständlich auch die mit einer betrüglichen Handlungsweise verbundenen rechtlichen Wirkungen eintreten müssen (fr. 37 de dolo malo 4. 3). — Indem das angefochtene Urtheil den auf eine betrügliche Handlung der Kläger gestützten Einwand der Beklagten verworfen hat ohne festzustellen, ob in der That die behauptete Handlungsweise der Kläger den Charakter des Betruges an sich trage, hat es die angeführten Gesetzesstellen verletzt, und mußte um so mehr vernichtet werden, als auch nicht zweifelhaft sein kann, daß dem Einwand des dolosen Verfahrens gegenüber die Berufung auf eine dem Getäuschten selbst etwa zur Last liegende culpa ohne rechtliche Wirkung ist.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 11. Octbr. 1880. HV. Nr. 5666.
v. L.

---

98. Ungültigkeit des von dem Mandatar arglistig zum Nachtheil des Mandanten abgeschlossenen Vertrages auch dem Dritten gegenüber, sobald dieser an der Gefährde theilgenommen.

Vgl. Bd. 35 Nr. 114 mit Nachw.

Es ist thatsächlich festgestellt, daß der Cessionsvertrag, dessen Vollzug mit der Klage des Sch. angestrebt wird, von dem Mandatar der Beklagten M. unter Mißbrauch der ihm anvertrauten Vollmacht zu seinem eigenen Vortheil arglistigerweise abgeschlossen wurde, und daß Sch. an der Gefährdung der Beklagten theilgenommen hat. Durch das Berufungsgericht war die rechtliche Unwirksamkeit des Cessionsgeschäfts hiernach angenommen und die Klage abgewiesen worden. In der dagegen erhobenen Nichtigkeits-

beschwerde bekämpfte der Vertreter derselben diese Entscheidung u. A. auch mit der Ausführung, daß nur ein Fall denkbar wäre, in welchem der Mandant das Geschäft des Mandatars trotz der Vollmacht anfechten könnte, nämlich der, daß der Mandatar und der Dritte absichtlich, um den Mandanten zu benachtheiligen, in eigennütziger Collusion ein den Mandanten schädigendes Geschäft abschlössen, um dann den Nutzen unter einander zu theilen. Da dies hier nicht der Fall, sondern nach der thatsächlichen Feststellung des Instanzrichters jeder seinen Zweck selbständig verfolgt habe, so könnten die Bestimmungen über dolus keine Anwendung finden.

In der die Beschwerde verwerfenden oberstrichterlichen Entscheidung ist über diesen Punct ausgeführt:

„Da der dolus, die Argliſt, im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Handlung besteht, so ist die Einrede der Argliſt schon dadurch begründet, daß der Kläger im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Handlungen des Mandatars zur absichtlichen Gefährdung der Beklagten mitwirkte. Es wird dazu keineswegs immer eine ausgesprochene Verständigung des Mandatars und des Dritten, mit welchem der Mandatar contrahirt, erfordert, um einen dolus des Dritten gegenüber dem Mandanten anzunehmen; es ist nicht nothwendig, daß beide sich ausdrücklich über die Theilung des Nutzens verabredeten; den sie aus der Gefährdung des Mandanten ziehen wollen; es genügt, daß der Dritte bei Abschluß des Vertrags seitens des Mandatars für den Mandanten weiß, aus den Umständen erkennt, daß der Mandatar die Vollmacht zum Nachtheil des Mandanten mißbraucht, und daß der Dritte, dies erkennend und wissend, gleichwohl den Vertrag abschließt und sich hierbei noch überdies, wie hier, außergewöhnliche Vortheile ausbedingt. Es fehlt hier an dem zu einem Vertrage erforderlichen Consense, weil bei einem von dem Mandatar abgeschlossenen Vertrage dem Mitcontrahenten immer die Mandantin als Contrahentin gegenüberstand, diese aber, wie ihr Mitcontrahent wußte, mit dem Vertrage nicht einverstanden war. Diesem Mangel des Consenses wird nicht dadurch abgeholfen, daß der Dritte sich auf eine bloße, wenn auch an sich ausreichende Generalvollmacht bezieht, weil ihm die Nichtzustimmung der Mandantin zu dem abschließenden Geschäft bekannt war:

fr. 1 pr. de dolo malo 4. 3: Illis, qui calliditate quadam aliis obfuerunt, ne sit malitia lucrosa; dann fr. 1 § 1 de doli mali exc. 44. 4: ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

Hierzu kommt noch zu bemerken, daß nach den Feststellungen des Instanzrichters im Verhalten des Mandatars gegen die Beklagte, seine Mandantin, ein Delict enthalten ist, und daß deshalb auch die Bestimmungen des bayr. Landrechts, sowie die des gemeinen Rechts in fr. 1 § 4 de eo per quem fact. 2. 10 hier platzgreifen, wonach jede Betheiligung und

somit auch die des Klägers, da ohne sein Mitwirken die Gefährdung der Beklagten nicht geschehen konnte, haftbar macht und somit auch die Einrede der Arglist begründet."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 13. Novbr. 1880. HV. Nr. 5717.

v. L.

---

99. Kauf zur Sicherstellung einer Forderung, oder verschleierte Verpfändung? Begriff der iusta causa traditionis.

Vgl. Bd. 7 Nr. 282; Bd. 14 Nr. 90; Bd. 19 Nr. 122; auch Bd. 33 Nr. 108, sowie die beiden folgenden Nrn.

In einem zwischen F. (Kläger) und Schl. geschlossenen Vertrage bekannte Schl., von F. ein Darlehen von 30000 M. erhalten zu haben. Dann heißt es weiter: Zur Sicherung dieser Forderung überträgt Schl. dem F. folgende Sachen (es werden eine Reihe Wirthschaftsgegenstände des Schl., eines Oeconomen, genannt) zu Eigenthum. Gegen einen Miethzins von 1500 M. (= 5 % von 30000 M.) werden diese Sachen dem Schl. belassen. Für den „Verkäufer" (Schl.) wird ein Wiedereinlösungsrecht gegen Zahlung der 30000 M. statuirt. — Auf Grund dieses Vertrages stellte F. gegen R. eine als Eigenthumsklage fundirte Zwischenklage an.

Die 1. Instanz wies die Klage ab, weil eine Eigenthumsübertragung durch Kauf mit vorbehaltenem Wiederkaufsrecht nicht anzunehmen sei, daher nur die Annahme eines der altrömischen fiducia nachgebildeten Vertrags übrig bleibe, dieser aber, weil zur Umgehung des § 12[1]) des preuß. Gesetzes vom 29. Mai 1873 über das Grundbuchwesen im Bezirk des AG. zu Kassel geschlossen, ungültig sei. — Die 2. Instanz verurtheilte im Wesentlichen klaggemäß, nachdem der Kläger einen Eid darüber, daß zwischen ihm und dem Schl. eine Vereinbarung dahin gehend, es solle der Vertrag nur zum Schein geschlossen sein und das Eigenthum nicht übergehen, nicht getroffen sei, ausgeschworen hatte, indem es annahm, die zum Erwerb des Eigenthums durch Tradition erforderliche iusta causa bestehe an sich nur in dem übereinstimmenden auf Geben und Nehmen des Eigenthums gerichteten Willen der Parteien und es reiche daher zur Annahme einer iusta causa jedes Geschäft aus, durch welches der Eigenthumsübertragungs- und Erwerbswille außer Zweifel gesetzt werde. In dem Vertrage komme dieser Wille zum genügenden Ausdruck, und dieser sei gültig, weil auch zur Sicherung einer Forderung Eigenthum wirksam übertragen werden könne und aus der nur die Bestellung

---

[1]) § 12 lautet: Die Bestellung einer Hypothek am ganzen Vermögen, sowie die Bestellung einer Hypothek an einer beweglichen Sache, einschließlich der Forderungen, ist fortan unzulässig.

einer Hypothek an beweglichen Sachen für unzulässig erklärenden Bestimmung des § 12 a. a. O. sich die Ungültigkeit einer solchen Eigenthumsübertragung nicht herleiten lasse.

Das Reichsgericht stellte das 1. Erkenntniß wieder her, aus folgenden Gründen:

„Der Inhalt des Vertrags . . . läßt erkennen, daß der darin ausgesprochene Wille, Eigenthum zu übertragen, nur als äußere Form benutzt ist zur Umgehung des § 12 des Gesetzes vom 29. Mai 1873 und in Wirklichkeit eine Eigenthumsübertragung sich nicht vollzogen hat. — In dem Vertrage ist von „verkauftem“ und „gekauftem“ Inventar, auch vom „Rückkauf“ die Rede, und es hat offenbar der Vertrag einen unter Vorbehalt des Rückkaufsrechts mit gleichzeitiger Beredung eines Miethsvertrages abgeschlossenen Kaufcontract darstellen sollen. — Ein rechtsgültiger Kaufcontract ist aber unter den Contrahenten nicht zu Stande gekommen. Denn es fehlt an dem hierfür wesentlichen Erforderniß der Festsetzung eines Kaufpreises.“ (Folgt die Darlegung, daß dieser Mangel nicht ersetzt werde durch die vertragsmäßige Bestimmung über den Werth der einzelnen Inventarstücke.) „Andrerseits läßt sich auch ebenso wenig annehmen, wird auch vom Kläger selbst nicht behauptet, daß die zu der Werthbestimmung nicht in einem entsprechenden Verhältniß stehende Darlehnssumme den Kaufpreis habe bilden sollen. Im Uebrigen enthält auch der Vertrag . . . keine Bestimmung darüber, unter welchen Voraussetzungen denn etwa der Kläger seinem Mitcontrahenten gegenüber zur Geltendmachung der Rechte eines Eigenthümers befugt sein solle, und um so weniger kann es zweifelhaft erscheinen, daß mit der in diesem Vertrage ausgesprochenen Erklärung, welche so lautet: „zur Sicherung dieser Forderung überträgt Herr Schl. Herrn F. sein nachstehendes Oeconomie-Inventar mit den beigesetzten Preisen zum Eigenthum“, nur beabsichtigt worden, dem Kläger für sein Darlehen ein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern zu gewähren.

Ein solcher Vertrag kann schon wegen des ihn treffenden Vorwurfs der Umgehung eines gesetzlichen Verbots (§ 12 des allegirten Gesetzes) auf Rechtsgültigkeit keinen Anspruch machen. Derselbe kann aber auch, hiervon abgesehen, die erhobene Klage deshalb nicht begründen, weil das jener Willenserklärung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft bei der fehlenden Feststellung eines Kaufpreises als rechtsverbindlich nicht angesehen werden darf. Denn wenn auch unzweifelhaft der übereinstimmende Wille, Eigenthum zu übertragen und zu erwerben, es ist, durch den die Tradition sich zu einem den Eigenthumsübergang vollziehenden Rechtsact gestaltet, so darf doch dies nicht in dem Sinne aufgefaßt werden, als wenn es bei Verträgen, in welchen der Wille, Eigenthum zu übertragen und zu erwerben, ausdrücklich erklärt wird, nicht darauf ankomme, ob das der Willenserklärung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft rechtsverbindlich ist oder nicht, und ob

mit solcher Willenserklärung der übrige Inhalt des Vertrags in Einklang steht oder nicht."

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 9. Jan. 1880 i. S. Fuhrmann w. Rosenberg. H.

---

100. Kauf zur Sicherstellung einer Forderung, oder verschleierte Verpfändung?

Vgl. die vorige u. folgende Nr.

„Der von dem Zwischenkläger vorgelegte Vertrag mit dem Mühlenbesitzer E. vom 27. September 1877 trägt unverkennbar den Charakter einer verschleierten Verpfändung an sich. Wie sich aus einer Vergleichung der einzelnen Bestimmungen desselben ergiebt, soll derselbe dem Kläger „für alle möglichen Fälle", insbesondere aber für den Fall Sicherheit gewähren, daß er von dem Vorschußverein zu M. aus der für E. geleisteten Bürgschaft in Anspruch genommen werde. Die Fortdauer des Vertrags ist sodann an die Voraussetzung geknüpft, daß der Käufer als Selbstschuldner die verbürgte Schuld bezahle; tilgt solche der Verkäufer und Hauptschuldner, so gilt der Contract mit allen seinen Folgen ohne Weiteres als aufgehoben. Diese Aufhebung erfolgt jedoch nicht bei Abtragung des Kapitals allein, E. muß auch dessen Zinsen an den Gläubiger bezahlen, mithin mehr als das angeblich vereinbarte Kaufgeld betrug. Durch den Vertrag entäußerte sich endlich E. seines Haus- und Mühleninventars, seiner Moventien und der vorhandenen landwirthschaftlichen Erzeugnisse, zum Theil also solcher Gegenstände, welche bei dauernder Aufbewahrung dem Verderben preisgegeben waren, deren Gebrauch jedenfalls nur in einem Verbrauch bestehen konnte; gleichwohl sollte der Verkäufer die Benutzung aller Kaufobjecte ohne Entgelt und auf unbestimmte Zeit behalten, jedoch die Gefahr des Verlustes tragen und etwaigen Abgang ersetzen.

Nun kann zwar unter Umständen ein wirklicher Kaufvertrag zu dem Zweck abgeschlossen werden, um dem Gläubiger Sicherheit wegen seiner Forderung an den Schuldner zu verschaffen, und es wird der rechtliche Charakter und die Wirkung eines solchen Contracts an sich dadurch nicht geändert, daß die Contrahenten den Beweggrund zum Vertrage ausdrücklich hervorheben. Allein immerhin muß deren Absicht erkennbar auf die Uebertragung des Eigenthums am Kaufobject gegen Gewährung des Kaufpreises gerichtet sein. Wenn sich daher aus der Vereinbarung der Contrahenten ergiebt, daß die Kaufgeldforderung nur dann zur Entstehung kommen soll, wenn der Käufer aus einem Schuldverhältniß des Verkäufers zu einem Dritten in Anspruch genommen werde, oder daß der Verkäufer, welcher den Besitz der Kaufobjecte namens des Käufers fortsetzt, diese frei zu benutzen

und zu veräußern befugt sein soll, so ist, da derartige Verabredungen mit dem Wesen des Kaufvertrags in Widerspruch stehen, nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze (fr. 80 § 3 de contr. emt. 18. 1) ein Geschäft anderer Gattung geschlossen.

Im vorliegenden Fall ist zweifellos weder ein wahrer Kaufpreis vereinbart worden, noch die Absicht der Contrahenten dahin gegangen, dem Käufer die streitigen Mobilien eigenthümlich zu übertragen. Denn der Verkäufer blieb dem Vorschußverein zu M. gegenüber wegen dessen zur Zeit des Vertragsabschlusses ziffermäßig noch garnicht einmal feststehenden, vielmehr dem Wechsel unterworfenen Forderung fortwährend verhaftet, und es hat keine Tilgung der — wenn auch etwa erst später fällig werdenden — Forderung des Käufers durch Aufrechnung des dem Verkäufer zukommenden Kaufgeldes stattgefunden, während der Letztere vermöge einer der Willenserklärung selbst innewohnenden Beschränkung jederzeit einseitig vom Vertrage zurücktreten durfte. Auch erhellt nicht, unter welchen Voraussetzungen der Käufer befugt sein sollte, seinem Mitcontrahenten gegenüber den Anspruch auf Auslieferung der Kaufobjecte durchzusetzen.

Es kann daher nur davon ausgegangen werden, daß durch den streitigen Vertrag dem Zwischenkläger ein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern für den Fall eingeräumt werden sollte, daß Kläger den gedachten Vorschußverein befriedigen müsse. In Wirklichkeit liegt sonach kein Kauf, sondern ein durch § 12 des Gesetzes vom 29. Mai 1873 über das Grundbuchwesen im Bezirk des AG. zu Kassel verbotener Pfandvertrag vor, und es gilt nach const. 1, 2, 3 plus valere 4. 22 weder das abgeschlossene (vorgespiegelte), noch das wirklich beabsichtigte Geschäft.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 24. Septbr. 1880 i. S. Heß w. Hartung. H.

---

101. Kauf zur Sicherstellung einer Forderung, oder verschleierte Verpfändung?

Vgl. die beiden vorigen Nrn.

Der mit der Klage übergebene Vertrag vom 2. März 1878 enthält alle wesentlichen Requisite eines Kaufvertrags. . . . Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Inhalt des Vertrags auch dem wirklichen Willen der Paciscenten entspricht. Unter der Ueberschrift „Kaufvertrag" erklären zunächst die Contrahenten, daß die beklagten Eheleute dem Kläger die verzeichneten Mobilien verkauft und ihm deren Besitz und Eigenthum übergeben haben, daß der Kaufpreis auf 1000 ℳ. vereinbart und baar bezahlt worden sei. Dann räumt Kläger der beklagten Ehefrau die unentgeltliche Benutzung der verkauften Gegenstände ein, und die beklagten Eheleute als Verkäufer erkennen an, daß sie die Mobilien nur leihweise und namens des Klägers

als jetzigen Eigenthümers besitzen; der Besitz ist also durch constit. possessor. übertragen. Endlich wird den beklagten Eheleuten das Rückkaufsrecht auf die Dauer von 3 Monaten übertragen, und zwar zum gleichen Preise von 1000 M.; die beklagten Eheleute sollten aber, wenn sie das Rückkaufsrecht nicht ausübten, auf Verlangen des Klägers demselben die verkauften Mobilien sofort zu dessen Verfügung stellen. Da die Beklagten das Rückkaufsrecht innerhalb der bestimmten Frist nicht ausgeübt haben, ist die Klage auf Herausgabe der verkauften Mobilien durch den Vertrag begründet, und es kann sich nur fragen, ob die Einreden der Beklagten begründet sind. . . .

Die Beklagten haben eingewendet, daß der Wille der Parteien garnicht auf ein Kaufgeschäft gerichtet gewesen, daß auch nicht beabsichtigt sei, auf den Kläger Eigenthum und Besitz, letzteren durch constit. possessor. zu übertragen, daß die Absicht vielmehr nur die gewesen sei, dem Kläger zur Sicherung der ihm gegen die Beklagten zustehenden Forderung ein Pfandrecht einzuräumen; weil jedoch nach frankfurter Recht ein Pfandrecht an Mobilien nur durch körperliche Uebergabe zu Faustpfand rechtsgültig habe bestellt werden können, auf der andern Seite die sofortige Entziehung der Mobilien aus der Gewahrsam der Beklagten nicht in der Absicht der Beklagten gelegen habe, die Mobilien aber dem Angriff anderer Gläubiger der Beklagten als Executionsobjecte hätten entzogen werden sollen, so sei das Geschäft in die äußere Form eines Kaufvertrages mit Besitzübertragung durch constit. possessor. und Vorbehalt des Rückkaufsrechts gekleidet worden, ohne daß jedoch dieses Geschäft mit seinen rechtlichen Folgen gewollt sei. Die rechtliche Erheblichkeit dieser Einrede ist nicht zu beanstanden. . . .

Der Kläger hat in der Replik die Klagbehauptung aufrecht erhalten, daß ein Kaufvertrag und Uebertragung des Besitzes und Eigenthums unter Vorbehalt des Rückkaufs ernstlich gewollt sei. Aus dem vom Kläger zugegebenen Umstande, daß dieses Geschäft zur Sicherstellung des Klägers geschlossen sei, allein folgt keineswegs, daß das Kaufgeschäft nur simulirt sei. Es ist nicht nur rechtlich durchaus zulässig, sondern auch in häufiger Uebung, daß einem Gläubiger zu seiner Sicherstellung wegen einer persönlichen Forderung von seinem Schuldner ein Vermögensobject in der durchaus ernstlichen Absicht verkauft und übertragen wird, daß der Gläubiger als Käufer wirklicher Eigenthümer und zur Ausübung aller Rechte eines Eigenthümers befugt werden soll, der wirthschaftliche Zweck einer bloßen Sicherstellung aber dadurch erreicht wird, daß der Gläubiger sich durch Nebenabreden persönlich verbindlich macht, unter gewissen vereinbarten Bedingungen das Eigenthum dem bisherigen Schuldner zurückzuübertragen oder demselben auch ganz oder theilweise den Nettoertrag und bzw. Erlös eines etwaigen Weiterverkaufs der verkauften Sache zufließen zu lassen (vgl. z. B. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock Bd. 8 S. 43, 81). — Im vorliegenden Fall ist . . . nur anzunehmen, daß es allerdings die

Absicht der Contrahenten gewesen ist, daß Kläger durch den Vertrag Eigenthümer *werden*, keineswegs aber, daß er in jedem Fall Eigenthümer *bleiben* solle. Es hat vielmehr bloße Sicherstellung dadurch erreicht werden sollen, daß den Beklagten das Recht, durch Zahlung des Betrags der Forderung wieder Eigenthümer zu werden, vorbehalten wurde, und nur in dem Fall, daß die Beklagten diese Bedingung zur Wiedererlangung der Sachen nicht erfüllen wollten oder konnten, Kläger Eigenthümer *bleiben* sollte. Dieser Wille konnte auch nur auf dem hier eingeschlagenen Wege erreicht werden, da nach frankfurter Recht die Absicht der Parteien durch Bestellung eines Pfandrechts nicht füglich erreicht werden konnte . . ., und es führen die Umstände des Falls durchaus nicht mit Nothwendigkeit oder Sicherheit auf die Annahme einer *Simulation* zum Zweck der Hintergehung anderer Gläubiger der Beklagten. . . .

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 9. Octbr. 1880 in einer preuß. (frankfurter) Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 168 ff.

---

102. Die Befristung in der Bedingung wirkt fort, auch wenn der Verpflichtete den Eintritt der Bedingung verzögert.

Beklagter hatte für die Bauunternehmer S. und R. die Bürgschaft in Beziehung auf eine ihnen gemachte Holzlieferung übernommen; die Fälligkeit der einen Hälfte der Hauptschuld war an die Bedingung geknüpft, daß der Innen- und Außenputz der Häuser vollendet sei, die der anderen an die Bedingung, daß die Häuser in die Feuerkasse aufgenommen seien. Es fragte sich, ob durch die Erklärung der Hauptschuldner S. und R., nicht weiter bauen zu wollen, ohne Weiteres die Fälligkeit der Hauptschuld eingetreten sei. Das OLG. nahm dies, als der Bürge auf Zahlung belangt wurde, an; das Reichsgericht bezeichnete dies als rechtsirrthümlich, indem es ausführte:

„In jeder aufschiebenden Bedingung liegt zugleich im Zweifel eine Befristung (*Windscheid* Pand. Bd. 1 § 91), und das OLG. hat nicht etwa aus besonderen Umständen des Falls als thatsächlich festgestellt angenommen, daß die Contrahenten hier diese Befristung ausnahmsweise nicht gewollt hätten. Es war also zugleich eine Befristung für jede der beiden Hälften mindestens bis dahin gegeben, wo nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die betreffende Bedingung eingetreten sein konnte. Wurde durch eigene Schuld der Hauptschuldner der Eintritt der Bedingung verzögert, so hatte dieselbe nach der Regel des fr. 161 de R. J. 50. 17 *dann* als eingetreten zu gelten, wann sie bei ordnungsmäßigem Verhalten der Hauptschuldner eingetreten sein würde. Zur Begründung des klägerischen Anspruchs gehörte also auch der Umstand, daß, falls die Hauptschuldner

den Bau nicht hätten liegen lassen, die beiden Bedingungen jetzt erfü sein würden."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 10. Mai 1880 in einer hamburg Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 143.

---

103. Bedingungen; stricte Auslegung derselben bei Verträgen.

Vgl. Bd. 3 Nr. 152.

Der Beklagte hatte bei der Cession verschiedener Hypothekforderunge dem Kläger (Cessionar) gegenüber derart für die Bonität derselben Garanti übernommen, daß er für etwaige Einbußen an Kapital, Zinsen und Kosten bis zum Betrage von 4500 ℳ. aufzukommen sich bereit erklärte, falls die Kapitalien spätestens am 1. Juli 1877 gekündigt und in Ermangelung der Zahlung nach dem 1. Januar 1878 unverzüglich gerichtlich geltend gemacht würden. Der Kläger, welcher mit dem einen Hypothekkapital im Betrage von 9000 ℳ. bei der Subhastation des verpfändeten Grundstücks ausgefallen war, klagte die garantirte Summe ein und berief sich darauf, daß er dem Hypothekschuldner bereits am 12. April 1877, jedoch in der Weise: „daß, falls die Zinsen beim nächsten Termin nicht prompt gezahlt werden würden, das Kapital als schon jetzt gekündigt gelten sollte", das Kapital gekündigt, daß er bereits im November 1877 die nicht gezahlten fälligen Zinsen — nicht das Kapital — eingeklagt und daß er, nach vergeblicher Mobiliarexecution, auf Grund dieser Klage am 6. März 1878 die Subhastation des verpfändeten Grundstücks beantragt, welche am 2. Juli desselben mit dem obigen Erfolge stattgefunden habe. Der Beklagte bestritt, daß durch die vom Kläger ergriffenen Maßregeln den von ihm gestellten Bedingungen genügt worden sei; die Gerichte beider Instanzen schlossen sich dieser Ansicht an und wiesen die Klage zurück.

In den Entscheidungsgründen des Berufungsgerichts wurde insbesondere Gewicht darauf gelegt, daß der zweite Theil der Bedingung deficirt sei, und Folgendes ausgeführt:

„Es vermeint zwar der Berufungskläger, daß seinerseits durch die schon im November 1877 erfolgte Erhebung der Klage auf die am 1. October 187 rückständig gebliebenen Zinsen, wenn auch nicht dem Wortlaut, so doch dem Sinn und Geist der Uebereinkunft Genüge geleistet, daß die Anstellung der Klage auf Zahlung des Kapitals nicht vonnöthen gewesen, weil mit geringeren Kosten durch die Klage auf Zinsen die Subhastation des Hypothekgrundstücks herbeigeführt sei, daher der Bürge garkein Interesse daran hätte haben können, daß nach dem 1. Januar 1878 auch noch wegen des Kapitals geklagt werde. Eine Executivklage sei beim Mangel urkundlichen Nachweises der Kündigung unstatthaft gewesen, im Ordinarprocesse aber wäre

eine frühere Subhastation doch nicht zu erwirken gewesen sein. Allein alle diese Betrachtungen können hier nicht verfangen. Soviel aus den Verhandlungen zu ersehen, stand dem Beklagten frei, die Bedingungen, von welchen er seine Garantieübernahme abhängig machen wollte, nach eigenem, völlig unbeschränktem Ermessen zu gestalten. Von diesen frei erkorenen Bedingungen ging nun die eine dahin, daß nach Ablauf der Kündigungsfrist die fraglichen Hypothekkapitalien unverzüglich gerichtlich geltend gemacht, also eingeklagt werden sollten: eine Bedingung von offenbar suspensivem Charakter und rein potestativen Inhalts. Der Wortlaut des fraglichen Documents ist in Bezug auf den hier kritischen Punct so klar und unzweideutig, daß für irgend welche, sei es extensive oder restrictive, Auslegung zum Zweck vermeintlicher Erforschung des wahren Verpflichtungswillens kein Raum bleibt. Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio — dieser Satz findet auch hier Anwendung (fr. 25 § 1 de legat. III). Einer so präcis hingestellten Bedingung aber, mit welcher das Forderungsrecht des Gläubigers, wie die Verpflichtung des Bürgen unzertrennlich verbunden ist, eine andersgeartete — wenn auch von ähnlichem Schlage und ähnlicher, aber keineswegs völlig gleicher Rechtswirkung — als ein vermeintliches Aequipollens zu substituiren, würde auf eine einseitige Abänderung des Bürgschaftsvertrags hinauslaufen, die sich der Bürge nicht gefallen zu lassen braucht. Ob der Letztere ein Interesse daran hat, daß gerade nur die von ihm bedungene Leistung des andern Theils und keine andere erfolge, verschlägt nicht das Mindeste: nicht das nachweisliche Vorhandensein eines Interesse, sondern einzig und allein die thatsächlich geschehene, auf seiner freien Willensbestimmung beruhende Anknüpfung der Bedingung an die von ihm nur so versprochene Leistung giebt das Fundament ab, worauf die ganze Obligation in ihrer concreten Gestaltung beruht (fr. 19 pr. de condit. et demonstr. 35. 1). Deshalb ist es überflüssig, wenn in dem angef. Erk. bzw. vom Berufungsbeklagten darauf hingewiesen wird, daß Beklagter in der That ein erhebliches Interesse an möglichst rascher Einklagung des Kapitals gehabt habe. . . . So sehr dem angef. Erk. hierin und ferner auch darin beizupflichten ist, daß die Anstellung einer Klage auf bloße Zinsenrückstände von vorn herein nicht als das geeignete Mittel sich darstellte, um über die Aussicht auf Realisirung des Kapitals Gewißheit zu erlangen, so sind doch dieses — wie nicht minder die Erörterungen über Statthaftigkeit des Executiv- oder aber des Ordinarprocesses — Nebenrücksichten, welche den Kern der Sache nicht berühren. Die Bedingung ist nach der eigenen Darstellung des Klägers als deficirt anzusehen."

Erk. des OLG. zu Braunschweig v. 16. Febr. 1880 i. S. Winter w. Claus wegen Forderung. D.

104. Wann sind Quittungen als Dispositivacte anzusehen?

Vgl. Bd. 21 Nr. 230; Bd. 32 Nr. 110.

Der Angriff der Nichtigkeitsklage, darauf gestützt, daß der Appell.-Richter die Quittungen vom 9. September 1878 als Dispositivacte angesehen habe, während sie als bloße Beweisurkunden hätten aufgefaßt werden sollen, ist für begründet zu erachten.

Ihrer regelmäßigen Natur und ihrer gewöhnlichen Bedeutung im Rechtsverkehr nach erscheint eine Quittung nur als Beweismittel, nämlich als ein Zeugniß über geschehene Erfüllung der Obligation, das der Aussteller wider sich selbst ausstellt. Aber wie das Empfangsbekenntniß, das zur Begründung einer Darlehnsobligation bestimmt ist, unter Umständen nicht als Beweisdocument, sondern als ein selbständig verpflichtender Vertrag gewollt sein kann, so ist das Gleiche auch mit den auf Aufhebung einer Obligation gerichteten Empfangsbekenntnissen, den Quittungen, der Fall. In letzterem Fall wirkt die Quittung, welche im Bewußtsein nicht erfolgter Zahlung, aber gleichwohl mit der Absicht, die Aufhebung der Obligation herbeizuführen, von dem Gläubiger ausgestellt und von dem Schuldner in dieser Weise angenommen ist, wie ein in Form der Anerkennung ausgesprochener Erlaßvertrag. Eine solche besondere Wirkung kann jedoch einer Quittung nur zukommen, wenn der Erlaßwille des Ausstellers unzweideutig zum Ausdruck gelangt ist, oder sich aus den Umständen mit Nothwendigkeit ergiebt. Wo dies nicht der Fall, tritt die regelmäßige Bedeutung der Quittungen als bloßer Beweisdocumente ein, und ist es als eine Verkennung dieses rechtlichen Gesichtspuncts zu bezeichnen, wenn auch gewöhnliche Zahlungsempfangsbekenntnisse für Acte dispositiver Natur gehalten werden. Eine derartige Verkennung liegt dem Urtheil der vorigen Instanz zu Grunde.

Die in Frage stehenden Quittungen vom 9. September 1878 bescheinigen der Reihe nach die einzelnen von M. empfangenen Zahlungen, ziehen das Resultat, daß hiernach 925 *M.* bezahlt seien, und fügen, da dieser Betrag den gesammten Kaufschillingsrest ausmacht, die Bemerkung an, daß Verkäufer weiter keinen Anspruch an den Käufer habe. Trotz dieses Inhalts, welcher die fraglichen Urkunden als einfache Empfangsdocumente qualificirt, hat der Appell.-Richter dieselben ohne alles Weitere als dispositive Erklärungen bezeichnet, die, abgesehen von dem Fall eines Betrugs oder Irrthums, nur als simulirt anzufechten seien. Diese Auffassung ist rechtlich nicht haltbar. Der vorige Richter kann zu derselben nur gelangt sein entweder dadurch, daß er den Rechtsbegriff eines dispositiven Erlaßvertrags, oder daß er die rechtliche Natur der Quittungen verkannt hat. Im einen wie im andern Fall liegt seiner Auffassung ein Rechtsirrthum zu Grunde; das hierauf beruhende Urtheil der vorigen Instanz ist deshalb zu vernichten.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 20. Novbr. 1880 in der preuß. (hessischen) Sache Fuldner w. Lomnitz. St.

105. Petitorium absorbet possessorium.

Vgl. Bd. 3 Nr. 227; Bd. 5 Nr. 66; Bd. 6 Nr. 90; Bd. 18 Nr. 120; Bd. 31 Nr. 191.

Gegen die im Jahr 1878 angestellte Besitzklage des S. auf Anerkennung seines juristischen Besitzes des Rechts, als Stelleigenthümer die Gemeindeänger mitbeweiden zu lassen, und auf Erlaß eines Strafverbots gegen fernere Störung seines Besitzes erhob die beklagte Gemeinde, unter Bestreitung des klägerischen Besitzes, widerklagend die negatorische Klage dahin, daß der Kläger S. das Eigenthum der Gemeinde an den fraglichen Aengern anzuerkennen und jeder Störung desselben durch Ausübung der Kuhweide sich bei Strafe zu enthalten habe. Das Gericht 1. Instanz legte dem Kläger den Beweis seines Besitzes auf, ließ dawider der Beklagten den Beweis ihrer Behauptung nach, daß der Kläger jenen Besitz gewaltsam erworben habe, und verwies die petitorische Widerklage (der hannoverschen Proceßordnung gemäß) zum besonderen Verfahren. Demnächst ward der Beweis der Beklagten für erbracht erkannt und die Besitzklage des S. zurückgewiesen. Das Berufungsgericht änderte die Fassung des Klagbeweises ab und erklärte denselben nach Durchführung eines neuen Beweis- und Gegenbeweisverfahrens durch Urtheil vom 6. Juli 1880 für bis zum Erfüllungseide erbracht, dagegen den Beweis der Beklagten für verfehlt.

Inzwischen hatte auch das Separatverfahren über die negatorische Klage der Gemeinde seinen Fortgang genommen und damit geschlossen, daß das Gericht 1. Instanz einen dem S. auferlegten Beweis, daß er das in diesem petitorischen Streit von ihm beanspruchte Weide*recht* durch 10jährige Ersitzung oder unvordenkliche Verjährung erworben habe, unterm 19. Januar 1880 für verfehlt erkannte und den S. der Negatorienklage gemäß verurtheilte. Diese Entscheidung ließ S. rechtskräftig werden.

Hierauf gestützt erhob in der Berufungsinstanz des Besitzprocesses die verklagte Gemeinde vor Ableistung des vorerwähnten, dem Kläger zuerkannten Erfüllungseides eine neue Einrede daraus, daß über das Recht selbst jetzt rechtskräftig entschieden sei, und beantragte, nunmehr die Besitzklage abzuweisen.

Das Gericht erkannte folgendermaßen: „Als processualisch ausgeschlossen ist die neue Einrede der Beklagten nicht zu betrachten. . . . Eine nähere Erwägung der fraglichen Einrede selbst kann aber nicht dahin führen, daß die Klage, wie die Beklagte beantragt, *abzuweisen wäre*, als ob eine Verurtheilung der Beklagten nach vorgängiger Ableistung des dem Kläger zuerkannten Erfüllungseides in Widerspruch mit der rechtskräftigen Entscheidung des petitorischen Processes treten würde. Einen solchen Widerspruch würde die Verurtheilung der Beklagten nicht zum Resultat haben. Denn jene Entscheidung des petitorischen Processes hat nicht die nämliche Streitfrage zum Gegenstande gehabt, wie der hier anhängige Besitzproceß (fr. 14

§ 3 de exc. rei iud. 44. 2). Insbesondere ist es mit dem Ergebniß des petitorischen Processes, in welchem dem Kläger das dort von ihm auf Grund zehnjähriger Ersitzung und unvordenklicher Verjährung in Anspruch genommene Weideservitutenrecht aberkannt ist, immer vereinbar, daß der Kläger im April 1878 und bei Erhebung der gegenwärtigen Besitzklage im Interdictenbesitz der Servitut sich befunden habe. Der letztere supponirt nicht, wie die Servitutenersitzung, die bona fides des Klägers, auf deren Mangel das Schlußurtheil des petitorischen Processes sich wesentlich stützt: ebensowenig steht es der Begründung und Durchführung des Interdicts im Wege, wenn etwa ein Vorbesitzer des Klägers den Besitz der Servitut durch bloßes precarium oder sonst vitiöser Weise erworben haben sollte:

fr. 3 § 10 uti possidetis 43. 17; v. Savigny das Recht des Besitzes § 38 S. 491 (6. Aufl.,

während der Rechtserwerb durch Ersitzung ... auch schon durch die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des klägerischen Rechtsvorgängers ausgeschlossen wurde.

Dagegen ist insoweit der Einrede stattzugeben, daß gemäß dem in der Praxis anerkannten Satz: petitorium liquidum absorbet possessorium, eine Entscheidung des Besitzstreits dahin, daß der Kläger im Besitze zu schützen, von dem Kläger, nachdem die Rechtsfrage durch den Ausgang des petitorischen Processes definitiv klargestellt ist, nicht weiter verlangt werden kann, wie denn auch eine solche Entscheidung gegenwärtig in Betracht, daß nach cap. 6 X. de causa poss. et propr. 2. 12 bei der Execution mit dem Vollzuge des petitorischen Urtheils zu beginnen sein würde, für den Kläger selbst kein practisches Interesse mehr gewähren könnte:

vgl. Bayer Theorie der summarischen Processe § 79; Gesterding Ausbeute Thl. 1 S. 149 ff.

Es ist auch kein Grund ersichtlich, jenen Satz auf den Fall zu beschränken, wo der Besitzstreit und der Streit über das Recht in einem und demselben Processe cumulirt wird, ein Fall, welcher ohnehin nach § 505 der (hannoverschen) CPO.[1]) garnicht eintreten kann; vielmehr ist der Satz, als zugleich in der Natur der Sache begründet, auch auf den hier vorliegenden Fall anzuwenden, wo über beide Streitfragen getrennte Processe geführt wurden und der petitorische früher als der possessorische spruchreif geworden und rechtskräftig erledigt ist. Wenn diesemnach zu einer definitiven Sachentscheidung über den hier anhängigen Besitzstreit kein Anlaß mehr vorliegt, so kann der Kläger auch mit Rücksicht auf die Hauptsache nicht mehr fordern, zur Ableistung des darüber erkannten Erfüllungseides zugelassen zu werden.

Anders verhält es sich jedoch mit der Frage nach den Proceßkosten. Befand sich der Kläger an den im Beweisurtheil vom 14. November v. J.

[1]) Vgl. jetzt § 232 Abs. 2 der deutschen CPO.

bezeichneten Zeitpuncten im juristischen Besitz des Weiderechts und hat ihm, wie bereits in dem Urtheil vom 6. Juli d. J. erkannt ist, ein gewaltsamer Erwerb solchen Besitzes, der Beklagten gegenüber, nicht nachgewiesen werden können, so erscheint das an ihn gerichtete Verbot fernerer Besitzesausübung, durch welches die Beklagte den gegenwärtigen Proceß hervorgerufen hat, immer als eine rechtswidrige Störung und es müssen die dadurch veranlaßten Proceßkosten der Beklagten alsdann zur Last fallen, welche bei solcher Sachlage von Haus aus behufs Geltendmachung ihres servitutenfreien Eigenthums zur Erhebung der petitorischen Klage hätte schreiten müssen. In dieser Beziehung steht die Sache gegenwärtig nicht anders, wie wenn zuerst der possessorische Proceß in der Hauptsache und im Kostenpunct zu Ungunsten der Beklagten zu rechtskräftiger Entscheidung gekommen wäre, in welchem Fall die Beklagte, auch wenn sie hiernächst in petitorio vollständig obgesiegt hätte, doch nicht etwa aus diesem Grunde einen Anspruch auf Rückerstattung der Kosten des Besitzprocesses gehabt haben würde. Daher wird der Kosten halber das Verfahren über den Erfüllungseid annoch zu erledigen sein." . . .

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 5. Novbr. 1880 i. S. Spahnholtz w. Realgemeinde Bonafort. W.

---

106. Eigenthum an einem horizontal abgetheilten Gebäude; Zugehörigkeit des Grund und Bodens.

Vgl. Bd. 34 Nr. 10 mit Nachw.

Im Steuerdistrict S. stand auf Pl.-Nr. 242 ein zweistöckiges Wohnhaus, welches horizontal abgetheilt war, dergestalt, daß „das vordere obere viertel Wohnhaus Nr. 135^{b}" dem B. gehörte. Letzterer hatte auf diesem seinem Wohnhause Nr. 135^{b} eine Hypothek zu 200 fl. für E. eintragen lassen, die später an G. cedirt wurde. G. stellte in der Folge die Hypothekklage gegen B. an, erwirkte ein Contumacialerkenntniß und ließ dann in der Executionsinstanz das Wohnhaus Nr. 135^{b} auf Pl.-Nr. 242 mit Beschlag belegen. Nunmehr erhob K., dermaliger Besitzer der Pl.-Nr. 242, Widerspruchsklage, bei deren Verhandlung sich ergab, daß das fragliche Wohnhaus abgebrannt und dem B. im Einvernehmen mit seinen Hypothekgläubigern, auch dem E., gestattet worden war, sein Wohnhaus auf Pl.-Nr. 260, statt auf Pl.-Nr. 242, wieder aufzubauen, und daß nunmehr K., welchem die untere Parthie des abgebrannten Wohnhauses gehört hatte, ein einstöckiges in seinem alleinigen Eigenthum stehendes Wohnhaus auf Pl.-Nr. 242 erbaut habe. G. vermeinte indeß, daß B. Miteigenthümer der Pl.-Nr. 242, auch ideeller Miteigenthümer des Grund und Bodens gewesen sei und daß E. durch Genehmigung des Wiederaufbaus auf einer andern Pl.-Nr. noch nicht auf seine Hypothek an dem ideellen Antheil des B. am

Grund und Boden verzichtet habe, welcher deshalb nach wie vor ihm, dem G., verhaftet sei. Die Widerspruchsklage des K. fand indeß Gehör. Höchstrichterlich ward ausgesprochen:

Wie festgestellt, war das auf Pl.-Nr. 242 abgebrannte Haus nicht im Miteigenthum des B. und K. zu ideellen Theilen, sondern zwischen Beiden in horizontaler Richtung getheilt, ferner war die Hypothek des G. nicht auf dem ganzen ungetheilten Hause, sondern bloß auf dem von B. getheilt besessenen Eigenthumsantheil, abgesehen von dem zum Hause gehörigen gemeinschaftlichen Hofraum, bestellt.

Weiter hat das Bezirksgericht angenommen, daß nach Ansbacher Prov.-R. die Theilung eines Gebäudes unter verschiedene Eigenthümer in horizontaler Richtung als rechtlich zulässig zu erachten sei, indem dieses der deutschen Rechtsbildung eigenthümliche Rechtsverhältniß im Gebiet des Ansbacher Prov.-R. gewohnheitsrechtlich und statutarisch anerkannt sei. Durch diese Annahme hat das BG. keine Vorschrift des Ansbacher Prov.-R. verletzt; denn dieses Recht enthält keine Bestimmung, welche der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung jener auf deutschen Rechtsanschauungen und Rechtsbedürfnissen beruhenden Rechtsbildung entgegengestanden wäre ...

Anlangend die Annahme des BG., es könne Jemand Eigenthümer des oberen Stockwerks eines Hauses sein, ohne zugleich Miteigenthümer des Grund und Bodens zu sein, so kann deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit hier dahingestellt bleiben. Sollte nämlich auch bei der Theilung eines Gebäudes in horizontaler Richtung ein Sondereigenthum an den einzelnen Theilen ohne Miteigenthum am Grund und Boden rechtlich nicht denkbar sein, so würde sich immerhin die vom BG. in Ansehung des Rechts des G. auf Befriedigung aus dem Grundstück Pl.-Nr. 242 getroffene Entscheidung als gesetzmäßig darstellen. Denn nach der angeführten Rechtsanschauung über das Verhältniß einer Theilung der vorliegenden Art — welche sich von der römischen Rechtsauffassung dadurch unterscheidet, daß nach dieser das auf einem Grundstück errichtete Gebäude als ein Theil des Grundstücks erscheint, Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks wird (omne quod solo inaedificatur solo cedit), während nach der ersteren Rechtsanschauung der in horizontaler Richtung ausgeschiedene Theil eines Gebäudes als ein besonderes Eigenthum betrachtet und ein Miteigenthum am Grund und Boden nur insofern angenommen wird, als der ausgeschiedene Theil ohne den Grund und Boden, auf dem das Gebäude ruht, nicht denkbar ist, sonach dieses Miteigenthum als ein Theil jenes Sondereigenthums erscheint — kann von einem solchen Miteigenthum nur so lange die Rede sein, als jenes Sondereigenthum existirt, oder doch die rechtliche Möglichkeit eines Wiederauflebens desselben gegeben ist. Ist das Sondereigenthum vollständig zu Grunde gegangen, also auch die rechtliche Möglichkeit eines Wiederauflebens desselben ausgeschlossen, so ist

damit nothwendig auch das einen Bestandtheil desselben bildende Miteigenthum am Grund und Boden erloschen. In dem in Frage stehenden Rechtsverhältniß ist Grund und Boden nicht an sich, sondern nur als Bestandtheil des Sondereigenthums an dem ausgeschiedenen Gebäudetheil zu gewissen ideellen Theilen der rechtlichen Herrschaft des Eigenthümers des Gebäudeantheils unterworfen; daher kann der Letztere nur zugleich mit seinem Gebäudeantheil, nicht selbständig und getrennt von diesem, über solchen verfügen (Roth bayer. Civilr. Bd. 2 § 120 N. 38). Und hieran wird durch den Umstand nichts geändert, daß der im Sondereigenthum stehende Hausantheil mit Hypotheken belastet ist. Die auf dem Hausantheil bestehende Hypothek erfaßt den Grund und Boden nur insofern, als er Bestandtheil des das Hypothekobject bildenden Sondereigenthums ist. Mit dieses letzteren Untergang und dem dadurch gemäß (bayer.) Hyp.-Ges. § 76 eingetretenen Erlöschen der darauf erworbenen Hypothek ist daher nothwendig auch die durch das Bestehen des Sondereigenthums bedingte Hypothek am Grund und Boden erloschen.

Nachdem nun der für die Forderung des G. als Hypothek unterstellte Hausantheil des B., Hs.-Nr. 135^b, in S. abgebrannt ist, und zwar zugleich mit dem Hausantheil des K., Hs.-Nr. 135^a, B. seinen Hausantheil nicht an der alten Stelle wieder aufbaute, sondern demselben unter Zustimmung des E. die Aufführung eines Neubaus auf Pl.-Nr. 260 an Stelle des bisherigen Bauplatzes Pl.-Nr. 242 bewilligt wurde, dagegen K. auf der alten Stelle Pl.-Nr. 242 ein neues und zwar einstöckiges Wohnhaus sich erbaute, kann kein Zweifel darüber bestehen, daß der frühere Hausantheil des B. untergegangen und damit die auf demselben eingetragene Hypothek, und zwar nicht bloß soweit sie diesen Hausantheil zum Gegenstand hatte, sondern auch insoweit sie sich auf den Grund und Boden als einen Bestandtheil des Sondereigenthums an jenem Hausantheil erstreckte, zugleich mit dem etwa bestandenen Miteigenthumsrecht des B. an dem Grund und Boden erloschen und ein kraft Gesetzes eintretendes Wiederaufleben der Hypothek an dem bisherigen Object ausgeschlossen ist.

An dem neuen Hause des K. hat B. keinen Antheil, auch nicht an dem Grund und Boden, worauf dasselbe errichtet wurde, da, wenn denn doch ein Miteigenthum an letzterem zwischen K. und B. bestanden haben sollte, des B. Antheil erloschen ist. Von dem hierdurch freigewordenen Eigenthumsantheil hat K. durch Errichtung eines Neubaus auf Pl.-Nr. 242 Besitz ergriffen und damit das Alleineigenthum an diesem Grundstück und dem auf demselben errichteten Gebäude erworben (Seuffert Pand. Bd. 1 § 126, 127).

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 4. Febr. 1880. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 45 S. 133 ff.

107. Ueber die heutige Geltung des römischrechtlichen Verbots, der Tenne des Nachbarn den Luftzug zu verbauen.

Vgl. Bd. 35 Nr. 4 mit Nachw.

Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt Gesetzesverletzung, weil der Appell.-Richter die jetzige Geltung der in const. 14 § 1 de serv. 3. 34 gegebenen Vorschrift verneint hat. Sie erscheint jedoch unbegründet.

Es läßt sich zwar nicht mit dem Appell.-Richter annehmen, daß das fragliche Gesetz den Bedürfnissen der Landwirthschaft innerhalb der örtlichen und zeitlichen Sphäre des Erlassers desselben seine Entstehung verdankt und daß dieser Umstand seiner Anwendung auf die Verhältnisse in Deutschland entgegenstehen würde, denn die Worte desselben (apertissimi iuris, ferner sancimus nemini licere) deuten mit Sicherheit darauf hin, daß Justinian eine allgemein bindende Anordnung erlassen wollte. Ebenso wenig würde der Geltung des Gesetzes der Umstand entgegenstehen, daß staatspolizeiliche Beweggründe das gesetzgeberische Motiv gebildet haben, wie dies bei den meisten Eigenthumsbeschränkungen, über deren Geltung kein Zweifel obwaltet, zutrifft. Auch kann dem Appell.-Richter darin nicht beigestimmt werden, daß die Nichtanwendung des Gesetzes in Kurhessen ein Zeugniß gegen dessen Geltung liefert. Dagegen erscheint der letzte Entscheidungsgrund des Appell.-Richters zutreffend. Die kurhessische Bauordnung vom 9. Januar 1784 hat die Beschränkungen, denen der Eigenthümer bei Bauten sowohl zum Zweck des öffentlichen Wohls als im Interesse der Nachbarn unterworfen sein soll, umfassend geregelt. Durch diese Codification wird das nur subsidiär geltende römische Recht beseitigt. Die Bauordnung, welche sowohl für Städte als auch für Dörfer erlassen ist, enthält aber das in der const. 14 § 1 cit. ausgesprochene Verbot nicht. Die Bestimmungen derselben in den §§ 39, 29 gestatten vielmehr jedem Eigenthümer, sofern nicht die Bauordnung selbst oder besondere Rechte der Nachbarn (Servituten) ein Hinderniß bilden, beliebig zu bauen. Man muß deshalb annehmen, daß der Appell.-Richter die Anwendung des römischen Gesetzes neben der kurhessischen Bauordnung mit Recht abgelehnt hat.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 26. Novbr. 1880 i. S. N. w. St. St.

---

108. Realgerechtigkeit ohne herrschendes Grundstück.

Vgl. Bd. 7 Nr. 269; Bd. 8 Nr. 113; Bd. 10 Nr. 190; Bd. 15 Nr. 205; Bd. 16 Nr. 5, 176; Bd. 20 Nr. 212; Bd. 21 Nr. 95, 104; Bd. 22 Nr. 9; Bd. 23 Nr. 108, 112; Bd. 26 Nr. 4; Bd. 29 Nr. 12.

Der Beklagte nahm an dem Hause der Klägerin ein durch Verjährung erworbenes dingliches, vererbliches und veräußerliches Recht auf Benutzung zweier im Parterre befindlicher Fleischverkaufsstellen, sog. Fleischbänke, in

Anspruch. Die Möglichkeit derartiger dinglicher Rechte wurde höchstrichterlich anerkannt:

„In Deutschland haben sich eigenartige Rechtsinstitute entwickelt, deren Natur an der Hand römischrechtlicher Grundsätze zu bestimmen man vergebens versuchen würde. Von der nachhaltigsten Wirkung für das deutsche Sachenrecht ist der Einfluß der Verbindung des öffentlichen und des Privatrechts gewesen. Hierauf beruht eine Reihe eigenthümlicher Institute des Sachenrechts, deren Gemeinsames darin besteht, daß ein Verhältniß des öffentlichen Lebens in eine privatrechtliche Gestaltung eingekleidet ist, daß Herrschafts- und Subjectionsverhältnisse von mannigfaltigem, socialpolitischem Inhalt auf sachenrechtliche Verhältnisse gegründet sind (vgl. Gerber System des deutschen Privatrechts 11. Aufl. §§ 73 u. 74). Bei den Römern war der Kreis der dinglichen Rechte fest begrenzt. Zu ihnen sind im deutschen Rechte in Folge der eigenthümlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse noch einzelne dingliche Rechte gekommen, welche sich nicht unter die dem römischen Rechte bekannten Fälle dinglicher Rechte subsumiren lassen, und namentlich behandelt das deutsche Recht einzelne Rechte als dingliche, welche die Römer für persönliche erklärten. Ihre dingliche Wirksamkeit erhielten diese Rechte dadurch, daß ihr Erwerb in gleicher Weise wie der Erwerb von Grundstücken, z. B. in Sachsen durch die gerichtliche Confirmation der Käufe und Eintragung derselben in die Kaufbücher, erfolgte. Hierher gehören insbesondere die Realrechte, die ihrem Inhalt nach theils dingliche, wie die deutschrechtlichen Servituten, theils Rechte persönlicher Natur sind, theils endlich mit dem öffentlichen Recht zusammenhängen, wie z. B. Gewerbeberechtigungen (vgl. Stobbe Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 1 S. 451—456, Bd. 2 S. 4).

So kommen in Deutschland vielfach Nutzungs- und Gebrauchsrechte vor, welche von einer juristischen Person oder von den Mitgliedern einer Gemeinde oder einer Corporation, z. B. einer Innung, oder sogar von einzelnen Personen ohne alle Zeitbeschränkung in Anspruch genommen werden. Das deutsche Recht erkennt solche Rechte an und behandelt sie analog den Grunddienstbarkeiten, obgleich ein herrschendes Grundstück nicht vorhanden ist:

vgl. Bluntschli deutsches Privatrecht § 86; Gerber System des deutschen Privatrechts § 144 Abs. 2 N. 4; Stobbe a. a. O. Bd. 2 Abth. 1 S. 190; Seuffert Archiv Bd. 8 Nr. 113, Bd. 15 Nr. 205, Bd. 16 Nr. 176, Bd. 21 Nr. 95, Bd. 22 Nr. 9, Bd. 26 Nr. 4, Bd. 29 Nr. 111.

Auch durch Ersitzung kann eine solche Berechtigung begründet werden, wenn nur als unzweifelhaft nachgewiesen wird, daß die Ausübung im Sinn zeitlicher Unbeschränktheit geschehen ist (vgl. Windscheid Pand. Bd. 1 § 213 N. 8).“

Erk. des OAG. zu Dresden v. 20. Septbr. 1878. Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 46 S. 536, 537. X.

109. Werden alle Theile des dienenden Grundstücks von dem Fahrtr ergriffen? Feststellung der Richtung der Fahrt durch Wahl Berechtigten. — Beweislast über den örtlichen Umfang des Fahrtrec

Vgl. Bd. 2 Nr. 140; Bd. 5 Nr. 256; Bd. 6 Nr. 13; Bd. 9 Nr. 269; Bd. 15 Nr. 1 Bd. 16 Nr. 13; Bd. 18 Nr. 17.

. . . Aus der Thatsache allein, daß die Beklagte und ihre Recht vorgänger seit der vertragsmäßigen Bestellung der Servitut die Richtu b—m des Handrisses über des Klägers Hofraum eingehalten haben, fol nicht, daß die Berechtigte für alle Zeit diese Strecke einhalten müsse, daß der übrige Theil des dienenden Grundstücks von der Dienstbark befreit würde. Ist bei der vertragsmäßigen Constituirung eines Fahrtrecht dessen Umfang und Richtung nicht ausdrücklich bestimmt worden, so i das dienende Grundstück an und für sich ganz und in allen seinen Theil belastet; es kann aber der Berechtigte genöthigt werden, mit billiger Berü sichtigung der Interessen des Verpflichteten eine bestimmte Strecke zur Au übung der Servitut zu wählen, und es hat, wenn er dies unterläß richterliches Ermessen einzutreten:

fr. 13 § 1, 3, fr. 21, fr. 26 de S. P. R. 8. 3; fr. 6 § 1 quemadm. serv. 8. 6.

Die Ausübung des Wahlrechts selber kann sowohl ausdrücklich al stillschweigend erfolgen, und ist Letzteres namentlich dann anzunehmen, wen entweder der Berechtigte einen Weg anlegt oder aus der fortgesetzten Einhaltung einer bestimmten Richtung nach den Umständen des Falls ei Einverständniß der Betheiligten sich darüber ergiebt, daß nur die seithe befahrene Strecke fernerhin dienstbar sein solle. Nichts Anderes bestimmt denn auch das vom Berufungsgericht angezogene fr. 9 de serv. 8. 1. Denn der Jurist, indem er dem Servitutberechtigten die Veränderung der einmal eingehaltenen Richtung der Fahrt untersagt, bedient sich hierbei des Beispiels der Wasserleitung. Von Anfang an, sagt er, könne man solche leiten wohin man wolle; habe aber einmal der Berechtigte dem Wasser einen bestimmten Lauf gegeben, so dürfe er die Leitung nicht verlegen. Es ist also von einer Anlage die Rede, welche zum Zweck der Ausübung der Servitut gemacht wurde.

Ob nun eine Wegeanlage in der Richtung b—m des Handrisses bestehe, oder in der seitherigen Einhaltung der letzteren der Vertragswille der Betheiligten sich ausgesprochen habe, darüber hat sich das angef. Urt. nicht ausgesprochen. Auch enthalten seine thatsächlichen Feststellungen keine Anhaltspuncte, welche einen Schluß darauf zuließen, daß das streitige Fahrrecht unter der Voraussetzung eines bestimmten Weges gegeben worden sei. . . . Auf keinen Fall ist aber eine bindende Wahl darin zu finden, daß die Berechtigten die Fahrstrecke b—m des Handrisses meistens eingehalten in der That also bei der Ausübung der Dienstbarkeit verschiedene Richtungen

eingeschlagen haben. . . . Es kann daher nur die obige Regel zur Anwendung kommen, daß im Zweifel bei der Dienstbarkeit des Fahrweges das ganze Grundstück des Verpflichteten belastet ist. — Daraus folgt für den vorliegenden Fall, daß das streitige Fahrtrecht bei der eingetretenen Unmöglichkeit der Ausübung auf der seither befahrenen Strecke nicht verloren ging. . . . Die erhobene Klage stützt sich auf zwei wesentlich verschiedene Momente: 1) auf die ausdrückliche oder doch aus den Umständen zu folgernde Constituirung eines beschränkten Fahrtrechts über die mehrgedachte Strecke, und 2) auf die Bestellung eines unbestimmten Fahrtrechts mit nachfolgender Bestimmung jener Linie durch Einverständniß der Parteien. In beiden Beziehungen . . . ist Beweis zu erheben. . . . Mit Unrecht hat sich in 2. Instanz der Kläger über die Regulirung der Beweislast beschwert. Der von manchen Rechtslehrern aufgestellte Satz, daß im Zweifel gegen das Vorhandensein der Servitut zu entscheiden sei, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Im vorliegenden Fall kommt nur der Inhalt einer durch Vertrag constituirten Servitut in Betracht, und dieser bestimmt sich nach dem Willen der Contrahenten, welcher wiederum unter den für Rechtsgeschäfte geltenden Interpretationsregeln steht. Der Bestellungswille selbst ist im Zweifel zu Gunsten des Bestandes, jedoch zu Ungunsten des Umfangs der Dienstbarkeit auszulegen (vgl. Böcking Pand. § 160 Anm. 20 ff.). Kann daher der Kläger nicht die zum ersten Klaggrund aufgestellten Behauptungen erweisen und ist demgemäß davon auszugehen, daß das Fahrtrecht unbestimmt bestellt worden sei, so muß die Beklagte so lange zu allen Handlungen, die überhaupt bei solcher Dienstbarkeit gesetzlich erlaubt sind, und an allen Theilen der belasteten Sache für befugt erachtet werden, als nicht der Verpflichtete eine seitens des Berechtigten bereits getroffene Wahl in der Ausübung des Fahrtrechts auf einer bestimmten Wegestrecke darzuthun im Stande ist. Der Grundsatz, daß Servituten schonend auszuüben sind und der Richter beim Vorhandensein der erforderlichen Voraussetzungen auf Antrag des Verpflichteten dem Servitutberechtigten eine bestimmte Wegestrecke anweisen kann, wird hierdurch selbstverständlich nicht berührt.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 25. Juni 1880. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 159 ff.

---

110. Voraussetzung für den Quasibesitz des Licht- und Aussichtsrechts.

Vgl. Bd. 35 Nr. 273 u. d. dort. Nachw. unter *.

Der Kläger stützt die vorliegende possessorische Klage darauf, daß er bis auf die jüngste Zeit im Besitz von Fenstern in seinem Hause sich befunden habe und vermöge dieses Besitzes berechtigt sei, die Wegräumung eines das Einfallen von Licht in die Fenster hindernden Bauwesens von

dem beklagten Nachbar zu verlangen. Die so begründete Spolienklage hat der Appell.-Richter zurückgewiesen, indem er erwog, daß das Anlegen und Halten von Fenstern im eigenen Hause, sowie der Umstand, daß sich der Nachbar dem gegenüber eine Zeit lang passiv verhalten habe, noch nicht den Quasibesitz des Rechts begründe, kraft dessen der Nachbar nichts vornehmen darf, wodurch den Fenstern das Licht ganz oder theilweise entzogen wird. Diese Erwägung enthält keinen Rechtsirrthum und namentlich kein unstatthaftes Hereinziehen der Eigenthumsfrage in den obschwebenden Besitzesstreit. Das Anlegen von Fenstern im eigenen Hause erscheint zunächst nur als eine thatsächliche Ausübung des Eigenthumsrechts. Der Besitz von Fenstern, auch wenn er unangefochten seitens des Nachbars besteht, schließt deshalb noch nicht den Besitz eines den Letzteren beschränkenden Servitutenrechts in sich. Will der Hauseigenthümer zugleich in den Besitz des Rechts gelangen, das ihm die Freiheit seiner Fenster vor nachbarlichen Bauwesen sichert, so müssen besondere Umstände hinzutreten, aus welchen erkennbar wird, daß er den Quasibesitz der servitus ne luminibus et prospectui officiatur, nämlich der Befugniß ergriffen hat, den Nachbar zu verhindern, daß er durch Aufführung eines Gebäudes den betreffenden Fenstern das Licht entziehe. Solche besonderen Umstände hat aber der Kläger nicht vorgebracht, da er sich vielmehr darauf beschränkte, aus der bloßen Thatsache, daß er bis in die jüngste Zeit licht- und aussichtsfreie Fenster in seinem Hause gehabt habe, den angeblich gestörten Quasibesitz herzuleiten.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 2. Novbr. 1880 in einer schleswigschen Sache. St.

---

111. Befreiung von der Interesseleistung durch Untergang der geschuldeten Sache; Beweislast.

Vgl. Bd. 32 Nr. 192 mit Nachw.

Das gemeine Recht gewährt eine Klage auf Ersatz des vollen Interesse gegen denjenigen, welcher eine ihm obliegende Verbindlichkeit auf imputable Weise nicht erfüllt oder nicht erfüllen kann, und zwar ohne Unterschied des Grades der culpa und ohne das Erforderniß einer Arglist auf Seiten des Verpflichteten (fr. 81 pr. de verb. obl. 45. 1). Nur wenn die Unmöglichkeit der Leistung eine zufällige ist, gilt der Grundsatz: casus a nullo praestatur (fr. 18 pr. commod. vel contra 13. 6), und es entfällt unter dieser Voraussetzung des zufälligen Untergangs einer geschuldeten bestimmten Sache und der hierdurch herbeigeführten Unmöglichkeit der Herausgabe derselben die außerdem eintretende Verbindlichkeit zur Entschädigung wegen Nichtleistung, nach dem Grundsatz: species debita casu perit ei, cui debetur:

fr. 92 de solut. et liber. 46. 3; fr. 38 § 3, fr. 47 § 1, fr. 48 pr. de aedil. ed. 21. 1; Seuffert Pand. § 235 N. 9; Puchta Pand. § 302; Holzschuher Cas. Bd. 3 S. 75, 249 (2. Aufl.).

Die ausdrückliche Anführung eines dem Beklagten zur Last fallenden besonderen Verschuldens ist für die Begründung der auf Entschädigung wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit zur Auslieferung eines bestimmten Objects gerichteten Klage nicht erforderlich; es gehört vielmehr in solchen Fällen zum Grunde der Einrede, daß der dem Berechtigten zugegangene Schaden dem Verpflichteten nicht zugerechnet werden könne, weshalb der Letztere darzuthun hat, daß er frei vom Verschulden an der Unmöglichkeit der Erfüllung der Obligation und deshalb nicht verantwortlich für den eingetretenen Nachtheil sei. . . .

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 28. Jan. 1880. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 45 S. 100.

---

112. Liegt in der Anfrage, ob Jemand einen Wechsel von einem bestimmten Betrage für einen Dritten acceptiren werde, zugleich eine Annahme der demnächstigen Erklärung, daß ein Wechsel zu einem geringeren Betrage acceptirt werden solle?

Vgl. Bd. 34 Nr. 188 mit Nachw.

Die Klägerin theilte der Beklagten mit, X. habe sie beauftragt, einige hundert Mark für seine Rechnung auf Beklagte zu trassiren, und verband mit dieser Mittheilung die Anfrage, ob ein Appoint von ca. 600 M. Annahme finden werde. Die Beklagte erwiderte, X. habe nur eine Tratte von 200 M. avisirt, die sie selbstredend acceptire. Der Appell.-Richter verneint, daß durch diese beiden Briefe ein Vertrag zu Stande gekommen sei.

Es kann der Nichtigkeitsbeschwerde zugegeben werden, daß es sich hier um den Fall einer Anweisung im Sinne des 5. Abschn. Tit. 16 des allg. Landr. Thl. I handelt. . . . Aber auch bei dem durch die Annahme der Anweisung zwischen dem Assignatar und dem Assignaten entstehenden Vertrage ist vollständige Willensübereinstimmung erforderlich. Deckt sich der Betrag der Anweisung, deren Annahme verlangt wird, nicht mit dem Betrage, in dessen Höhe die Annahme erfolgt, so ist ein Vertrag nicht existent geworden. Die Nichtigkeitsbeschwerde geht unwillkürlich von der Voraussetzung aus, die Anfrage, ob eine Anweisung auf eine bestimmte Summe Annahme finden werde, enthalte zugleich eine Anfrage wegen jedes geringeren Betrages, eine Voraussetzung, bei welcher eine Willensübereinstimmung stets vorhanden sein würde, gleichviel zu welchem Betrage die Annahme geschieht. Eine solche Voraussetzung kann aber als Regel nicht zugegeben werden; ob sie in dem einzelnen Falle zutrifft, ist Sache der thatsächlichen Würdigung. Der Appell.-Richter hat sie für diesen Fall verneint. . . . Er findet in der Antwort der Beklagten nur die Erklärung

der Bereitwilligkeit, eine erst in Zukunft an sie gelangende Anweisung über 200 M. anzunehmen. Eine solche Auslegung ist durch den Inhalt der erwähnten beiden Briefe thatsächlich nicht ausgeschlossen; es ist nicht ersichtlich, daß dabei ein Rechtsirrthum überhaupt leitend gewesen ist.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 11. Decbr. 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Verein. Dahlhauser Tiefbau w. Duisburg-Ruhrorter Bank. Wck.

---

113. Zulässigkeit der Compensation mit einer illiquiden Gegenforderung[1]).

Vgl. Bd. 17 Nr. 134 mit Nachw.; Bd. 21 Nr. 116; Bd. 23 Nr. 223, 224; Bd. 27 Nr 117; Bd. 34 Nr. 36.

Die einer liquiden Forderung entgegengesetzte Compensationseinrede war wegen ihrer Illiquidität von dem Instanzrichter nicht berücksichtigt worden. Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde als begründet erkannt und in den Gründen ausgeführt:

„Die Frage, ob gegen eine liquide Forderung eine illiquide Gegenforderung zur Aufrechnung benutzt, d. h. ob auf Grund einer solchen Gegenforderung die Einrede der Compensation entgegengesetzt werden könne, ist nach gemeinem Rechte sowohl in der Theorie als in der Praxis streitig. Das Erforderniß der Liquidität der Compensationsforderung berührt jedoch eine lediglich processuale Frage. Die const. 14 de compens. 4. 31, welche diesen Streit veranlaßt hat, hängt mit dem römischen Proceßverfahren zusammen, von welchem das deutsche wesentlich abweicht:

Dernburg Compensationsrecht S. 476 ff.

Nach dem letzteren ist die Einrede der Compensation eine peremtorische Einrede, wie jede andere, namentlich wie jene der Zahlung, deren Zweck und Wirkung sie hat. So wenig im ordentlichen Proceß die illiquide Einrede der Zahlung deshalb unzulässig ist, weil die Klage liquid ist, ebenso wenig kann im Allgemeinen die Einrede der Compensation gegen eine liquide Forderung wegen Illiquidität der Gegenforderung unstatthaft sein."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 15. Octbr. 1880. HV. Nr. 564. v. L.

---

114. Klage des Armenverbandes aus § 62 des Reichsgesetzes vom 6. Juni 1870, betr. den Unterstützungswohnsitz, auf Ersatz gewährter und noch zu gewährender Unterstützungen gegen denjenigen, welcher dem Hülfsbedürftigen eine Entschädigung auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes zu leisten hat.

Die klagende Stadtgemeinde hat als Ortsarmenverband dem beim Eisenbahnbetrieb des Beklagten verunglückten und erwerbsunfähig gewordenen

[1]) Vgl. d. CPO. § 136 Abs. 2, § 274.

Arbeiter T. Unterstützung gewährt und macht jetzt gegen den Beklagten die Ansprüche des T. aus § 1 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 bis zum Belauf der von ihr gewährten und noch zu gewährenden Unterstützungen klagend geltend. Höchstrichterlich wurde ausgesprochen:

„Was zunächst die bis zur Erhebung der Klage von der Klägerin dem T. auf Grund ihrer gesetzlichen Verpflichtung bereits gezahlten Unterstützungen betrifft, so ist Klägerin nach § 62 des Reichsges. vom 6. Juni 1870 befugt, Ersatz derjenigen Leistungen, zu deren Gewährung ein Dritter aus anderen als den durch dieses Gesetz begründeten Titeln verpflichtet ist, von dem Verpflichteten in demselben Maß und unter denselben Voraussetzungen zu fordern, als dem Unterstützten auf jene Leistungen ein Recht zusteht.

Der Beklagte hat nicht besonders geltend gemacht, daß Klägerin, soweit sie Unterstützungen gezahlt hat und dem T. ein Anspruch aus dem Haftpflichtgesetz gegen ihn zustände, nicht berechtigt wäre, diesen Anspruch auf Grund des § 62 geltend zu machen. Bei dem Bestreiten des klägerischen Anspruchs muß aber diese Frage entschieden werden. Nun ist als richtig anzuerkennen, daß, wie der Beklagte ausführt, der Unterstützungsanspruch des T. gegen die Klägerin sich mit dessen Anspruch gegen den Beklagten aus dem Haftpflichtgesetz nicht völlig deckt. Der § 62 verlangt aber eine solche völlige Gleichheit beider Ansprüche nicht. Daß die Ansprüche auf verschiedenen Titeln beruhen sollen, hebt das Gesetz selbst hervor. Jedenfalls muß anerkannt werden, daß ein Entschädigungsanspruch eines Unterstützten aus dem Haftpflichtgesetz, wenn er ein Arbeiter ist und die Entschädigung für aufgehobene oder beschränkte Erwerbsfähigkeit in einer Rente ihm zusteht, diese Rente zu denjenigen einem Dritten obliegenden Leistungen gehört, welche der Armenverband nach § 62 unter den dort vorgeschriebenen Beschränkungen fordern kann. Insoweit ist unzweifelhaft der Entschädigungsanspruch materiell und im Sinn des § 62 dem Unterstützungsanspruch gleich. Einer Entscheidung darüber, ob die Entschädigungsansprüche aus dem Haftpflichtgesetz in weiterem Maß unter die Leistungen, von denen § 62 spricht, zu rechnen sind, bedarf es hier nicht, denn es wird hier ein Anspruch eines Arbeiters für aufgehobene Erwerbsfähigkeit geltend gemacht.

Hiernach ist die Klägerin, soweit sie dem T. Unterstützungen vor Anstellung der Klage gewährt hat, befugt, dessen Anspruch aus dem erlittenen Unfalle nach Maßgabe des § 62 gegen den Beklagten klagend geltend zu machen.

Der Anspruch des T. aus § 1 des Haftpflichtgesetzes ist nun an sich begründet, denn derselbe ist bei dem Rangiren eines Zuges, also bei dem Betrieb einer Eisenbahn körperlich verletzt. Eines weiteren Beweises für die Haftpflicht des Beklagten bedarf es nicht. Ein eigenes Verschulden des T. liegt nicht vor.

Da der T. in Folge des Unfalls völlig erwerbsunfähig geworden ist, kann ein Zweifel nicht aufkommen, daß er nach § 3 Nr. 2 des Haftpflicht-

gesetzes von dem Beklagten mindestens 9 M. monatlicher Rente zu fordern hätte; der Beklagte hat daher die von der Klägerin dem T. bis zur Anstellung der Klage gezahlte Unterstützung von monatlich 9 M. zu ersetzen.

Anlangend den Ersatz der noch zu verauslagenden Unterstützungen, so ist nach § 62 des Ges. vom 6. Juni 1870 ein Armenverband nur befugt, die Unterstützungen, welche er gegeben hat, von dem gegen den Unterstützten aus anderen Titeln Verpflichteten zu fordern. Der Grund des Eintritts des Armenverbandes in die Rechte des Unterstützten ist in einer gesetzlichen Cession zu finden, wie die Reichstagscommission, von welcher der § 62 herrührt, hervorgehoben hat. Als die Thatsache aber, durch welche die Cession bewirkt wird, ist die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten durch den Armenverband, die Zahlung der Unterstützung, nach dem Princip des § 46 Thl. I Tit. 16 des (preuß.) allg. LR.[1]) anzusehen. Wenn daher Klägerin später gezahlte Unterstützungen von dem Beklagten erstattet fordert, wird sie die erfolgte Zahlung der Unterstützungen auf Grund des Gesetzes vom 6. Juni 1870 zu erweisen haben; es wird auch festgestellt werden müssen, daß dem T. noch Ansprüche aus dem Unfall gegen den Beklagten in Höhe des geforderten Ersatzes zustehen. Der jetzt erhobene Anspruch in Betreff der noch zu zahlenden Unterstützungen hat wesentlich die Bedeutung einer Klage auf Entscheidung präjudicieller Fragen, wie sie die preußische Praxis auf Grund des § 81[b] Thl. I Tit. 10 der allg. Gerichtsordnung mit Recht zugelassen hat, sofern die Entscheidung mit Rücksicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß beantragt wird (vgl. Entsch. des Obertribunals Bd. 34 S. 373). Ein hierzu ausreichendes Rechtsverhältniß unter den Parteien ist darin zu finden, daß die Klägerin die Unterstützung des T. hat übernehmen müssen, während dem Beklagten die Zahlung einer Rente, welche dessen Unterstützungsbedürftigkeit ausschließen würde, obliegen würde, wie oben dargelegt ist." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 30. Juni 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Stadtgemeinde Deutsch-Eylau w. Eisenbahndirection in Bromberg. Wck.

---

115. Stillschweigender Verzicht auf die aus der Unbrauchbarkeit des Miethobjects sich ergebenden Einwendungen.

Mit Recht ist das OLG. davon ausgegangen, daß der Miether, welcher mit Kenntniß der fehlerhaften Eigenschaften des Miethgegenstandes den Miethvertrag abgeschlossen oder stillschweigend erneuert habe, dadurch auf die Geltendmachung der ihm durch jene Mängel dem Vermiether gegenüber erwachsenen Rechte verzichte. Es ist gleichgültig, ob dabei ein einzelner

[1]) „Ueberhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner, auch ohne ausdrückliche Cession, in die Rechte des bezahlten Gläubigers."

Mangel der Miethwohnung oder deren Unbrauchbarkeit zu den Zwecken des Miethers überhaupt in Frage steht; denn die Gesetze geben dem Vermiether unter solchen Umständen bezüglich aller Gewährsmängel eine wirksame Einrede:

fr. 13 § 6 de damno inf. 39. 2; fr. 48 § 4 de aed. ed. 21. 1.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 19. Octbr. 1880 in der preuß. (nassauischen) Sache W. w. R. St.

---

116. Eisern-Viehvertrag. In wessen Eigenthum stehen die dem Pächter übergebenen und die von ihm ergänzten Inventarstücke?

Vgl. Bd. 7 Nr. 283.

Das Rechtsverhältniß, welches bezüglich des Gutsinventars zwischen dem Pächter und der Beklagten als Pachtherrschaft bestand, ist das des sog. Eisern-Viehvertrags, contractus socidae, eines Vertrags, welcher in Verbindung mit der Verpachtung von größeren landwirthschaftlichen Gütern vorzukommen pflegt und des Inhalts ist, daß der Gutspächter ein sog. eisernes Inventar an Vieh — lebendes Inventar — und meist zugleich ein in landwirthschaftlichen Maschinen und Geräthen bestehendes — todtes Inventar — nach vorgängiger Schätzung vom Verpächter überlassen erhält und diesem dagegen mit Auflösung der Pacht ein der Zahl, Art und dem Werth der überlassenen Stücke nach gleiches Inventar mit dem verpachteten Gute zurückzugeben hat:

Bluntschli d. Privatr. § 120 Z. 4; Beseler d. Privatr. 3. Aufl. S. 809 IV.; Reyscher württ. Privatr. Bd. 2 S. 301 Z. 5.

Im Gegensatz zu analogen Bestimmungen des röm. Rechts, welchem das fragliche erst in Deutschland zur Entwicklung gekommene Institut nicht bekannt war, bezeugen die Lehrbücher des deutschen Rechts, daß nach der regelmäßigen Intention und einem daraus hervorgegangenen Gewohnheitsrecht in solchen Fällen der Pächter, welcher während der Pachtzeit allen Nutzen des lebenden und todten Inventars, auch den Nachwuchs, für sich allein hat, die Gefahr desselben übernimmt, daß aber das Eigenthum des überlassenen Inventars bei dem Verpächter verbleibt, daß also der mit dem Vertrag verbundene Werthsanschlag in der Regel taxationis, nicht venditionis causa gemacht erscheint:

Bluntschli a. a. O.; Beseler S. 810; Gerber d. Privatr. § 180; Mittermaier d. Privatr. Bd. 2 S. 663; Holzschuher Civilr. Bd. 3 S. 790; Glück Commentar Bd. 17 S. 492 N. 39; Huck Ztschr. f. d. Recht Bd. 5 S. 309 f.; Scholz das. Bd. 3 S. 156 f.; Gmelin Ord. der Gläub. S. 130; Weiske Handb. des landw. Rechts § 316; Reyscher a. a. O.; Weishaar württ. Privatr. Bd. 3 S. 113; Seuffert Archiv Bd. 7 Nr. 283.

Eines näheren Eingehens auf die Frage des Eigenthums an dem dem Pächter übergebenen Inventar bedarf es indessen hier aus dem Grunde nicht, weil, wie auch die Gegner jener Rechtsanschauung anerkennen:

Sell im civil. Archiv Bd. 19 S. 313 f., insbes. S. 316; Bolley Entw. Bd. 2 S. 653 f.; derselbe Betrachtungen S. 203 f.,

zunächst der ausgesprochene Vertragswille entscheiden muß und der vorliegende Vertrag die Absicht einer Fortdauer des Eigenthums der Pachtherrschaft erkennen läßt (folgt Ausführung hierüber).

Wenn es sich aber weiterhin darum fragt, ob auch das im Lauf der Pacht vom Pächter angeschaffte lebende und todte Inventar Eigenthum des Verpächters wurde, so führt, wenn einmal, wie hier, das dem Pächter übergebene Inventar im Eigenthum des Verpächters verbleibt, die ganze Natur des vorliegenden Vertragsverhältnisses von selbst zu der Annahme, daß die regelmäßige Absicht der Betheiligten darauf gerichtet sein wird, das surrogirte Inventar rechtlich gleich zu behandeln mit demjenigen, zu dessen Surrogirung es dient. Der Verpächter räumt dem Pächter ein weitgehendes Verfügungsrecht über das Inventar ein, insofern der Pächter zur Veräußerung nicht nur abgängiger, sondern auch — beim lebenden Inventar mit Rücksicht auf den Wirthschaftsbetrieb — aus Nützlichkeitsgründen zu verwerthender Stücke berechtigt, nicht minder aber auch verpflichtet ist; insbesondere bei großen Hofgütern und bei längerer Pacht ist dieses im Interesse einer tüchtigen, für Pächter und Verpächter ersprießlichen Bewirthschaftung in so ausgedehntem Maße gegebene Verfügungsrecht eine sich von selbst verstehende Sache. Andrerseits ist der Pächter verpflichtet, das Inventar als Ganzes zu erhalten, jene in den erwähnten Fällen zahlreich vorkommenden Abgänge sofort durch gleiche Stücke zu ersetzen und mit solchen das Inventar zu ergänzen. Es ergiebt sich dies schon aus der Bezeichnung als eisernes Inventar und aus dem Wesen des Vertrags, und ist hier in dem Pachtvertrag ausdrücklich anerkannt worden. Wenn nun der Pächter in diesem Sinn und zu diesem Zweck, einer Verpflichtung gegen den Verpächter Genüge leistend, neue Inventarstücke anschafft und statt der unbrauchbar gewordenen oder sonst abgängigen Stücke dem Gesammtinventar anfügt, so thut er dies in Vertretung des Verpächters und Eigenthümers des Grundstocks und in der offenbaren Absicht, auch das Eigenthum der surrogirten Gegenstände dem Verpächter, der es erwerben will, zu verschaffen, und es nehmen nun die Theile, welche zum Ganzen kommen, die rechtliche Natur des Ganzen an. Es würde auch entgegen gesetzten Falls die Absicht der Contrahenten, dem Gut ein im Eigenthum des Verpächters stehendes Inventar zu erhalten, unter Umständen, namentlich bei langer Pachtdauer, da mehr und mehr surrogirt werden muß, garnicht erreicht werden, und zum Mindesten wäre eine derartige Mischung von verschiedenem Eigenthum in Einem Ganzen ein solch' eigenthümliches und

namentlich im Concurs zu Verwicklungen führendes Verhältniß, daß es die Contrahenten nicht wollen können:

Gmelin a. a. O. S. 131; Huck Ztschr. f. d. Recht Bd. 5 S. 314 f., insbes. § 30; Wächter Erörter. Heft 1 S. 10 u. 11; Bluntschli a. a. O. S. 343 u. Anm.; Beseler a. a. O. S. 808 II., S. 809 IV.; vgl. Wächter württ. Privatr. Bd. 2 S. 229.

Es ist hiernach, wenn nichts Anderes bestimmt wird, anzunehmen, daß, wenn einmal das übergebene Inventar Eigenthum des Verpächters bleibt, nach der Absicht der Contrahenten auch die surrogirten Theile in dessen Eigenthum kommen, was in rechtlicher Beziehung unzweifelhaft als zulässig erscheint:

Wächter württ. Privatr. a. a. O.

Erk. des OLG. zu Stuttgart (2. Sen.) v. 10. Novbr. 1879 i. S. Thurn und Taxis w. Kaufmann u. Gen. Württemb. Archiv Bd. 21 S. 255 ff.

---

117. Voraussetzungen der relocatio tacita.

Vgl. Bd. 4 Nr. 218.

Die fürstliche Standesherrschaft E. will im Jahr 1860 auf 9 Jahre zwei Grundstücke dem K. um einen bestimmten Preis in Pacht gegeben haben. Im Jahr 1861 wurde die gesammte Herrschaft E. dem B. in Generalpacht gegeben, welche im Jahr 1870 wieder gelöst wurde. Die Standesherrschaft E. fordert nun von K. die Anerkennung ihres Eigenthums an diesen Grundstücken und die Zahlung des rückständigen Pachtgeldes für die Jahre 1870/71 bis 1874/75 auf Grund einer relocatio tacita mit der Behauptung, daß bei Ablauf der Pachtzeit des K. im Jahr 1869 der Generalpächter B. dessen Pachtverhältniß bis 30. September 1878 erneuert und die Standesherrschaft bei Lösung der Generalpacht in dieses Verhältniß wieder eingetreten sei. Der Beklagte hat hiergegen insbesondere behauptet, daß er selbst Eigenthümer jener Grundstücke sei, und die behauptete Verpachtung geleugnet.

Höchstrichterlich wurde bezüglich der vermeintlichen relocatio tacita Folgendes ausgeführt:

„Das angefochtene Urtheil hat sich dahin ausgesprochen, daß der Generalpächter B., nachdem er im Jahr 1869 die Grundstücke nicht wiederum an den Beklagten K. verpachtet hatte und er sich auch einer stillschweigenden Erstreckung des Pachtvertrags gegenüber dem K. nicht bewußt war, nicht in der Lage gewesen sei, die durch Fortsetzung oder Erneuerung des Pachtvertrags gegen K. erworbenen Rechte an die Standesherrschaft zu übertragen, und daß diese auch eine ausdrückliche Uebertragung solcher Rechte an sie garnicht behauptet habe. Durch diese Entscheidung soll der Grundsatz,

daß Verträge nicht bloß durch ausdrückliche Willenserklärung, sondern auch durch nachträgliche Genehmigung eingegangen werden können, verletzt sein, weil durch die — wenn auch erst, als mehrere Jahre nach Beendigung der Pachtzeit der fürstliche Rentbeamte die fortwährende Benutzung der Grundstücke durch K. bemerkte, erfolgte — ausdrückliche oder thatsächliche standesherrliche Genehmigung dieser Fortbenutzung der Grundstücke das Pachtverhältniß auch für die frühere Zeit existent geworden sein könne. Dies ist nicht richtig. Nichtigkeitsklägerin giebt selbst zu, daß die relocatio tacita auf dem übereinstimmenden, wenn auch nicht ausdrücklichen, Willen des bisherigen Verpächters und bisherigen Pächters beruht und nur zwischen diesen beiden Personen stattfinden kann. Das Pachtverhältniß in der Zeit von 1860 bis 1869 bestand aber nicht, wie Nichtigkeitsklägerin behauptet, zwischen der Standesherrschaft E. und K., sondern seit 1861 zwischen diesem und B., welch' Letzterer nach der Feststellung des OLG. in diesem Jahre in das Pachtverhältniß an Stelle der Standesherrschaft eingetreten ist. Nach dieser völligen Lösung des zwischen dieser und K. früher bestandenen Pachtverhältnisses hätte eine stillschweigende Fortsetzung der im Jahr 1869 zu Ende gegangenen K.'schen Pacht nur zwischen diesem und dem Verpächter B., nicht aber zwischen K. und der aus dem Pachtverhältniß längst ausgetretenen Standesherrschaft stattfinden können. Wenn der fürstliche Beamte, als er später die fortwährende Benutzung jener Grundstücke durch K. erfuhr, gewillt war, diesem die Grundstücke um den früheren Pachtzins zu überlassen, so konnte dies nicht durch stillschweigende Fortsetzung eines vor der Verpachtung durch B. einmal bestandenen Pachtvertrags, sondern nur durch Abschluß eines neuen Vertrags mit K. geschehen." . . .

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 8. Novbr. 1880. HB. Nr. 5714.

v. L.

---

118. Rücktrittsrecht vom Miethvertrage wegen gefahrdrohender Beschaffenheit des Miethobjects; Beweislast.

Vgl. Bd. 24 Nr. 29; Bd. 27 Nr. 25.

Das gemeine Recht gewährt dem Miether das vorzeitige einseitige Rücktrittsrecht vom Vertrage bei gerechter Furcht für seine Sicherheit und Gesundheit in einzelnen Anwendungsfällen, insbesondere nach fr. 28 damn. inf. 39. 2 und fr. 13 § 7 loc. cond. 19. 2 wegen gegründeter Furcht vor Einsturz des gemietheten Gebäudes oder wegen eines herannahenden Feindes, ohne Unterschied, ob die befürchtete Gefahr auch hinterher wirklich eintritt oder nicht. Hieraus und aus fr. 27 § 1 loc. cond. 19 hat Theorie und Praxis von jeher den allgemeinen Satz abgeleitet, daß der Miether vor Ablauf der Pachtzeit zum Verlassen der Miethwohnung

berechtigt sei, wenn bei der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses entweder durch die Miethwohnung selbst oder durch andere Umstände eine gerechte Besorgniß vor Gefahr entstehe, welche abzuwenden nicht in des Miethers Macht liege.

Das OLG. ist inhaltlich der Entscheidungsgründe von demselben Rechtsgrundsatz ausgegangen, und es ist unerfindlich, nach welcher Richtung dasselbe hiergegen und gegen die vorerwähnten besondern gesetzlichen Vorschriften verstoßen haben soll. Die Beklagten (Vermiether) bringen jedoch jenen Rechtssatz in Verbindung mit der Beweislast und behaupten, daß man von ihnen nur den Nachweis habe verlangen dürfen, daß Kläger den mit Wasser gefüllten Keller nicht gelüftet habe, nicht aber auch den weiteren Beweis, daß andernfalls der gefahrdrohende Zustand vermieden worden wäre.

Die Rechte und Pflichten der Contrahenten bei dem Miethvertrage sind gegenseitige. Der Vermiether hat dafür einzustehen, daß der Miethgegenstand während der ganzen Dauer der Miethzeit in brauchbarem Zustande verbleibt; der Miether muß die Sache vertragsmäßig benutzen und sie vor Schaden bewahren. Die Abwägung dieser Verpflichtungen führt in Ansehung der Beweislast in Fällen der vorliegenden Art zu einem andern als dem in der Nichtigkeitsbeschwerde gezogenen Ergebniß. Denn da die Aufhebung des Miethvertrags hier nicht sowohl aus einem in der Person des Miethers, als vielmehr aus einem in der Beschaffenheit des Miethlocals gelegenen Grunde erfolgt, so hat der klagende Miether zunächst nur die rechtserzeugende Thatsache, also darzuthun, daß die Wohnung die behaupteten Mängel habe. Dem gegenüber ist es Sache des Vermiethers, zu behaupten und zu beweisen, daß nach der Beschaffenheit der Miethwohnung eine Abwendung der Gefahr oder Beseitigung der Mängel in des Miethers Macht gelegen habe, — und hiergegen kann der Miether wiederum nur durch den Nachweis aufkommen, daß ihn rücksichtlich der Nichtanwendung der gebotenen Mittel kein Verschulden treffe. Unzulässig ist es aber, von dem klagenden Miether von vorn herein den Beweis der Abwesenheit der eigenen Verschuldung zu verlangen, wie denn auch der Einredebeweis des beklagten Vermiethers nicht schon dann erbracht ist, wenn derselbe darthut, daß der Miether die zur Abhülfe bestimmten Mittel nicht benutzt habe, sondern erst dann, wenn dem Vermiether der Nachweis gelingt, daß jene Mittel auch in der That zweckentsprechende waren. Diese Vertheilung der Beweislast hat die vorige Instanz nicht verkannt. . . .

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 19. Octbr. 1880 i. S. K. w. G. St.

119. Die von dem Schuldner im Auftrage des Gläubigers nach dessen Tod an Dritte geleistete Zahlung seiner Schuld liberirt denselben, auch wenn die Zuwendung an sich ungültig sein sollte.

Vgl. Bd 6 Nr. 34.

L. klagte als Erbe des D. gegen Sch. auf Rückzahlung eines Darlehns von 500 M., welches dieser von dem Erblasser D. vorgestreckt erhalten hatte. Der Beklagte gestand den Empfang des Darlehns zu, behauptete jedoch dessen Rückzahlung, indem er in Folge Auftrags des Gläubigers L. die schuldige Summe *nach dessen Tode* an vier Kinder eines Bruders desselben behändigt habe. Diese Zahlung bestritt Kläger als nicht rechtswirksam; denn dem desfallsigen Auftrage komme eine rechtliche Wirkung nicht zu, weil derselbe als eine letztwillige Anordnung, als eine donatio mortis causa sich darstelle, welche mangels der gesetzlichen Förmlichkeiten rechtsunwirksam sei. Der Beklagte habe demnach an eine nicht berechtigte Person bezahlt.

Auf Grund dieser Rechtsanschauung erfolgte auch die Verurtheilung des Beklagten entsprechend der Klagbitte. Auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde dieses Urtheil aus folgenden Gründen vernichtet:

„Die Ansicht des angefochtenen Urtheils kann nicht getheilt werden; denn D., der ursprüngliche Gläubiger, hat mit dem Beklagten dadurch, daß er denselben beauftragt hat, seine Darlehnsschuld an die Kinder eines Bruders zu bezahlen, einen Mandatsvertrag abgeschlossen. Der Kläger könnte daher als Erbe des D. das fragliche Darlehn nur dann bezahlt verlangen, wenn das Mandat rechtsungültig wäre. Dies würde dann der Fall sein, wenn ein unehrbares oder verbotenes Geschäft dem Beklagten übertragen worden wäre. Die Bezahlung einer Summe Geldes an Jemanden, welchem dasselbe, wenn auch rechtsunwirksam, geschenkt worden, ist aber weder unehrbar noch verboten, daher der Auftrag einer solchen Zahlung rechtsgültig. Ob bei der Schenkung die gesetzliche Form eingehalten worden, berührt den Beklagten nicht, welcher nur den ihm rechtswirksam gewordenen Auftrag zu erfüllen hatte, und kann der Kläger, wenn die Schenkung wirklich rechtsungültig ist, die beschenkten Kinder auf Rückvergütung der vom Beklagten an sie bezahlten Summe belangen. Der von D. dem Beklagten ertheilte Auftrag ist deshalb, weil die Handlung, zu deren Vornahme der Auftrag ertheilt wurde, rechtsunwirksam ist, nicht rechtsungültig; folglich ist der Beklagte durch die Zahlung von seiner Schuld befreit worden. In fr. 3 § 12 de donat. int. vir. et ux. 24. 1 ist ein dem gegenwärtigen Fall ganz gleicher behandelt und dahin entschieden, daß der Schuldner von seiner Schuld befreit werde . . ., und ist als Grund angegeben „weil die Sache so anzusehen sei, als wenn das Geld vom Schuldner an den Ehemann bezahlt worden sei und dieser es sodann seiner Frau gegeben hätte". Auch

in fr. 21 § 1 de donat. 39. 5 ist in dem Fall, wenn Jemand seinem Schuldner einer das gesetzliche Maß übersteigenden Schenkung halber den Befehl ertheilt hat, dem Beschenkten die schuldige Summe zu bezahlen, und der Beschenkte das Geld vom Schuldner erhalten hat, nur von einer Klage des Gläubigers gegen den Beschenkten, soweit die Schenkung das gesetzliche Maß überschreitet, nicht aber auch von einer Klage des Gläubigers gegen den Schuldner auf eine nochmalige Bezahlung dieser Summe die Rede."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 4. Novbr. 1880. HV. Nr. 5719.

v. L.

---

120. Vertragsabschluß durch Stellvertreter. Wirkung der nachträglichen Bekanntgabe des Vertretenen an den dritten Contrahenten.

Vgl. Bd. 11 Nr. 149; Bd. 13 Nr. 93; Bd. 18 Nr. 241; Bd. 20 Nr. 220 a. E.; Bd. 21 Nr. 163; Bd. 22 Nr. 234; Bd. 23 Nr. 126; Bd. 29 Nr. 277; Bd. 32 Nr. 11.

Wegen rückständigen Miethzinses waren die in den Geschäftsräumen des Fabrikanten K. vorhandenen Einrichtungsgegenstände gepfändet worden. Die Ehefrau desselben intervenirte mit der Behauptung, daß sie die Fabrik auf eigene Rechnung betreibe und ihr Mann lediglich ihr Geschäftsführer sei. Darauf erhob der Vermiether Klage wegen des rückständigen Miethzinses gegen die Ehefrau K., welche sich nun mit der Behauptung vertheidigte, nicht sie, sondern ihr Mann habe den Miethvertrag geschlossen. Durch Urtheile der Instanzgerichte wurde der Klagbitte entsprechend die beklagte Ehefrau zur Zahlung der Miethe verurtheilt. — Diese Entscheidung wurde aus folgenden Erwägungen vernichtet:

„Es ist die Regel maßgebend, daß, wenn der Mandatar ausdrücklich erklärt oder stillschweigend zu erkennen giebt, er handle im Namen seines Mandanten, ein unter dieser Erklärung zu Stande gekommenes Geschäft Rechte und Verbindlichkeiten nicht für den Mandatar, sondern nur zwischen dem Mandanten und dem Dritten begründet; hat aber der Mandatar bei Eingehung des Geschäfts eine solche ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung nicht abgegeben, so besteht das Verhältniß zu dem Dritten nur mit ihm und können aus diesem Geschäft seitens des Mandanten Rechte und Verbindlichkeiten nicht entstehen. Diese gemeinrechtlich feststehende Regel findet sich ebenso in dem bayer. Landrecht . . .; derselbe Grundsatz ist in dem . . . Art. 52 des d. HGB. aufgestellt.

Im vorliegenden Fall ist weder behauptet noch festgestellt, daß der Mann bei Eingehung des Miethvertrags dem Vermiether erklärt habe, es werde das Arbeitslocal im Auftrage der Frau gemiethet; auch liegen keine Thatsachen vor, aus denen sich ergiebt, daß der Vermiether bei dem Vertragsabschluß Kenntniß von einem Auftragsverhältniß gehabt und deshalb nicht den Mann, sondern die Frau als seinen Gegencontrahenten angesehen habe;

vielmehr ist es anerkannte Thatsache, daß der Mann bei Eingehung Miethe seinen Auftrag verschwieg; es kann daher diesem Vertrage nicht Wirkung einer die Auftraggeberin verpflichtenden Obligation beigelegt werd

Oberrichter meint zwar einen Ersatz für das Verschweigen des Auftr gebers darin zu finden, daß die Frau später bei der Auspfändung Mannes das wahre Sachverhältniß aufgedeckt und erklärt habe, die wa Mietherin gewesen zu sein, daß dieses hinterherige Bekenntniß den Man der Erklärung des Mandatars dann aufhebe, wenn der Gegencontrah sofort Kenntniß von dieser Erklärung nehme und sein Einverständniß dahu erkläre, daß er nun den Miethpreis von der wahren Mietherin verlan hierdurch aber klar zu erkennen gebe, daß es ihm gleichgültig gewesen ob der Ehemann für sich oder seine Ehefrau den Vertrag geschlossen ha Allein diese Aufstellung mit ihren Folgerungen ist nicht nur rechtlich unhaltb sondern entbehrt auch der thatsächlichen Unterlage.

Das angebliche Bekenntniß der Frau, die wahre Mietherin gewesen sein, ist nicht das Bekenntniß einer Thatsache, sondern eines Rechtsverhä nisses, welches aber mit solchem Inhalt weder die Wirkung hat, den Mie vertrag anders erscheinen zu lassen, als er vom Manne mit dem Vermiet vereinbart war, noch die Kraft besitzt, eine verpflichtende Anerkennu der gegen die Frau eingeklagten Miethzinsforderung zu begründen. S die Frau an Stelle des aus dem Miethvertrage allein verpflichtet Mannes oder neben demselben als haftbar angesehen werden, so konnte si dieses Verpflichtungsverhältniß nur auf dem Wege eines zwischen de Vermiether und der Frau vereinbarten Rechtsgeschäfts Geltung verschaffe sei es, daß der Vermiether noch während der Dauer des Miethverhältniss die Frau als seine Gegencontrahentin annahm, oder daß diese sich nac Auflösung der Miethe durch vertragsmäßiges Versprechen oder durch Aner kennungsvertrag zur Schuldübernahme bereit erklärte, während das hinter herige Bekenntniß, die wahre Mietherin gewesen zu sein, keine verpflichtend Absicht ausdrückt und deshalb auch nicht geeignet ist, den ursprünglichen Vertrag zu ergänzen oder eine die Zahlungspflicht begründende Willens erklärung darzustellen."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 9. Octbr. 1880. HB. Nr. 5648 v. L.

---

121. Ist es als eine negotiorum gestio anzusehen, wenn Jemand fü einen Andern ohne Auftrag in der Erwartung, daß derselbe ihm da Loos abnehmen werde, ein Lotterieloos kauft?

Die Parteien, Klägerin L. und Beklagte, verehlichte B., streiten sich um einen Lotteriegewinn, welchen die Beklagte erhoben hat. Letztere hat ohne Auftrag der Klägerin drei Loose gekauft. Sie hat der Klägerin ein

von diesen Loosen, worauf später ein Gewinn gefallen ist, gegen den Kaufpreis angeboten unter dem Bemerken, daß sie ein Loos für sie, die Klägerin, bestimmt habe. Klägerin hat das Loos angenommen, dasselbe dann wieder der Beklagten ausgehändigt und diese hat den Gewinn erhoben. Gegen die Klage auf Auslieferung des Gewinns ist namentlich eingewandt: Beklagte sei Eigenthümerin der von ihr gekauften drei Loose geworden; zu einer Veräußerung eines derselben sei sie nach dem ehelichen Güterrecht ohne Genehmigung ihres Mannes nicht befugt gewesen. Im Uebrigen aus den Gründen:

„Die Entscheidung des Berufungsrichters beruht auf folgender thatsächlicher Feststellung: Die Beklagte hat das Loos, um welches es sich handelt, nicht für sich, sondern für die Klägerin, also mit dem Willen, dasselbe für diese zu erwerben, ohne dazu beauftragt oder in anderer Weise zur Vertretung befugt und verpflichtet gewesen zu sein, gekauft, möglicherweise auch in der Art, daß jenes Loos aus 3 gekauften auf ihr Geheiß von einem Dritten ausgewählt wurde; sie hat das Loos demgemäß nur für die Klägerin und niemals für sich besessen und besitzen gewollt, dasselbe alsbald der Klägerin unter Mittheilung von dem Geschehenen übergeben; die Klägerin hat das Loos angenommen und den Kaufpreis creditirt erhalten, und endlich später dasselbe der Beklagten zur Controlirung und Erhebung des darauf gefallenen Gewinns anvertraut.

In diesem Hergange hat der Vorderrichter übereinstimmend mit dem 1. Richter eine von der Geschäftsherrin hinterher genehmigte auftragslose Geschäftsführung gefunden, und er hat rechtlich gefolgert, daß die Wirkungen des vollführten Mandats eingetreten, Klägerin Eigenthümerin des Looses geworden und von der Beklagten der eingezogene Gewinn herauszugeben sei. Demgemäß ist die Berufung gegen das hierzu verurtheilende 1. Erkenntniß verworfen. —

Seitens der Revisionsklägerin ist ausgeführt, daß der dargestellte thatsächliche Hergang nicht ausschließe, daß die Beklagte durch den Kauf das Loos erworben und dann erst der Klägerin verkauft habe, daß insbesondere ein bei der Kaufhandlung nicht ausgesprochener Wille, für einen Andern zu kaufen, die Handlung noch nicht zu einer Geschäftsführung mache, daß ein solcher Wille auch hier nicht vorhanden gewesen sein könne, weil Beklagte für sich 3 Loose gekauft und erst dann eines davon für die Klägerin habe auswählen lassen, daß Beklagte darnach das gekaufte Loos nothwendig erworben gehabt, ihre späteren Dispositionen darüber aber beim Mangel der Einwilligung des Mannes wirkungslos gewesen seien. In den entgegengesetzten Annahmen des Berufungsrichters beruhe die Rechtsverletzung.

Diese Beschwerden können aber nicht für begründet erachtet werden. Sie werden, was das Vorhandensein einer auftragslosen Geschäftsführung

anbetrifft, durch die Feststellung aller Erfordernisse derselben – §§ 228, 231, 237 ff. Thl. I Tit. 13 des allg. preuß. Landrechts[1]) — behoben; der Umstand, daß der Gegenstand, auf welchen sich die Geschäftsführung mittels Einkaufs bezog, erst durch eine Auswahl nach dem Willen der Geschäftsführenden bestimmt wurde, widerspricht der rechtlichen Natur der Geschäftsführung nicht, und um so weniger, als man fremde und eigene Geschäfte zugleich besorgen kann (§ 258 ff. a. a. O.). Mit der Ertheilung der Genehmigung der Klägerin traten unter den Parteien die Wirkungen eines Mandatsverhältnisses ein, und zwar so, als ob das Mandat von vorn herein ertheilt und angenommen gewesen wäre. Klägerin empfing daher bei Uebergabe des Looses nur das, was vertragsmäßig für sie erworben war. Ob Beklagte, was nicht erhellt, die Loose auf ihren Namen kaufte, ist der Klägerin gegenüber nicht erheblich; die Loose sind übrigens Inhaberpapiere, bei denen auch für den Verkäufer die Person des Käufers gleichgültig ist; für ihn gilt der Besitzer des Looses als Käufer."

Dann wird ausgeführt, daß die Rechte des Ehemanns nicht verletzt seien, wenn die Frau einen Kauf für einen Andern übernehme und das Gekaufte dem Auftraggeber ausantworte.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 3. Novbr. 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Lohsand w. Beyer. Wek.

---

122. Der Anspruch des geschäftsführenden Gesellschafters gegen die übrigen auf Ersatz von Auslagen setzt vorgängige Rechnungslegung voraus.

Die Klägerin hatte mit drei anderen Personen gemeinschaftlich ein Anwesen zum Zweck der Wiederveräußerung erworben und dasselbe einstweilen bewirthschaftet. Gewinn und Verlust sollte unter den vier Gesellschaftern gleichheitlich vertheilt werden. Sie verlangt nun von dem einen Gesellschafter den vierten Theil einer von ihr für dieses Anwesen bestrittenen Auslage mit 300 ℳ, welche bei der inzwischen erfolgten Wiederveräußerung dieses Anwesens nicht gedeckt werden konnte. — Diese Klage wurde in der Berufungsinstanz abgewiesen, weil die Behauptung, jene Auslage für das Anwesen gemacht zu haben, zur Begründung des erhobenen Anspruchs nicht hinreiche, Klägerin vielmehr als Geschäftsführerin der Gesellschaft zu einer detaillirten Darlegung dessen, was vereinnahmt und verausgabt worden, hätte schreiten, also zunächst Rechnung legen sollen. — Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde aus folgenden Gründen verworfen:

[1]) Die Vorschriften des allg. preuß. Landrechts über die Geschäftsführung weichen ersichtlich der vorliegenden Frage nicht wesentlich von den gemeinrechtlichen Grundsätzen ab. Insbesondere finden sich dort keine speciellen Bestimmungen in Betreff des Abschlusses eines Vertrags für einen Andern in der fraglichen Weise.

„Zwar ist es richtig, daß ein Gesellschafter, welcher zum Besten der Gesellschaft Verwendungen gemacht hat, von den übrigen Gesellschaftern den antheilmäßigen Ersatz nebst Zinsen verlangen kann (fr. 67 § 2 pro socio 17. 2). Allein nicht minder richtig ist es, daß die Passiven der Gesellschaft zunächst aus dem Gesellschaftsvermögen zu decken sind, und daß derjenige Gesellschafter, welcher die Geschäfte der Gesellschaft führt, sich behufs Erlangung verhältnißmäßigen Ersatzes für die aus eigenen Mitteln für die Gesellschaft bestrittenen Auslagen an die übrigen Gesellschafter nur unter der Voraussetzung des Nachweises wenden kann, daß das in seinen Händen befindliche Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung seiner Ansprüche nicht ausreicht (fr. 65 § 14 eod.). Die Forderung der Klägerin, welche unbestritten die Geschäfte der Gesellschaft geführt und Gesellschaftsvermögen vereinnahmt hat, an den Beklagten auf verhältnißmäßigen Ersatz der angeblich aus eigenen Mitteln bestrittenen Gesellschaftsausgaben ist daher durch vorgängige Rechnungslegung über ihre für die Gesellschaft gemachten Einnahmen und Ausgaben bedingt, und es geht nicht an, aus der ein Ganzes bildenden Geschäftsführung einen Ausgabeposten herauszugreifen und dessen Ersatz von den übrigen Gesellschaftern zu begehren. Nur durch die Darlegung der gesammten Geschäftsführung und deren Ergebnisses läßt sich feststellen, ob und welcher Anspruch dem geschäftsführenden Gesellschafter gegen die übrigen Gesellschafter auf Ersatz zusteht."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 26. Octbr. 1880. HV. Nr. 5662.

v. L.

---

123. Mit der nach Art. 270 des HGB. gegen den geschäftsführenden Theilhaber statthaften Klage auf Rechnungslegung kann die Feststellung streitiger materieller Rechtsverhältnisse, welche alle Theilhaber betreffen*, nicht erlangt werden. — Feststellungsklage nach § 231 der RCPO.**

*Vgl. Bd. 7 Nr. 27; Bd. 9 Nr. 112; Bd. 33 Nr. 23 Note. — **Vgl. Bd. 31 Nr. 304 mit Nachw.; Bd. 34 Nr. 2, 84; Bd. 35 Nr. 175.

„Im gegebenen Falle, in welchem mehrere Personen, Kaufleute und Nichtkaufleute, behufs einer zu veranstaltenden Möbelnlotterie in ein vorübergehendes Gesellschaftsverhältniß eingetreten sein sollen, handelt es sich um einen sog. Speculationsverein, auf welchen, soweit nicht das Handelsgesetzbuch abweichende Bestimmungen enthält, die gewöhnlichen Grundsätze des bürgerlichen Rechts über Gesellschaft, insbesondere societas unius causae, Anwendung finden.

Der erhobene Klaganspruch, der gegen die 7 Beklagten als geschäftsführende Theilnehmer, insbesondere gewählte Mitglieder der Verloosungscommission, gerichtet ist, soll nach Ansicht der Kläger in den Bestimmungen

des Art. 270 des HGB. seine rechtliche Begründung finden. Könnte man auch den Klägern, in Hinblick auf

Kowalzig HGB. S. 209; Entsch. des ROHG. Bd. 5 S. 203, Bd. 14 S. 88,

ohne Weiteres so viel zugeben, daß der im Art. 270 cit. statuirte Anspruch auf Rechnungslegung von jedem einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden könne und dem geschäftsführenden Theilnehmer die Einrede, daß die Klage gegen die Uebrigen mit hätte gerichtet werden müssen, niemals zustehe, so würde gegen die Anerkennung einer derartigen Klagbegründung doch schon die Erwägung entscheidend ins Gewicht fallen müssen, daß inhalts der gestellten Anträge und der dafür als causa efficiens in Betracht kommenden Klagthatsachen ein solcher Anspruch auf Rechnungslegung, d. h. auf bloße Auskunftsertheilung in Beziehung auf dasjenige, was die Verklagten innerhalb des ihnen überwiesenen Geschäftskreises als sog. Complementare gerirt haben, hier überall nicht in Frage kommen kann. Indem Kläger einräumen, daß die Verklagten etwa ein Vierteljahr vor Erhebung der Klage Rechnung über ihre Geschäftsführung und das Ergebniß der Lotterie abgelegt haben, erkennen dieselben an, daß die Letzteren ihrer Verbindlichkeit zur Rechnungslegung, d. h. zur Darlegung derjenigen von ihnen abgeschlossenen Geschäfte, nach welchen ihre eigene Verpflichtung bemessen werden kann (Bähr in Ihering's Jahrbüchern Bd. 13 S. 286), genügt haben, und wenn sich auch die Verpflichtung zur Rechnungslegung bei neuen erheblichen Schritten oder Stadien der gemeinsamen Unternehmung erneuern kann, so fehlt es doch im gegebenen Fall an derartigen neuen Veranlassungen, wie überhaupt schon an der Voraussetzung, daß die Geschäftsführung nach stattgehabter Rechnungslegung fortbestanden hat. Kläger verlangen nicht etwa eine weitere Berichtigung und Klärung der der Auseinandersetzung mit sämmtlichen Genossen zu Grunde zu legenden Factoren, soweit diese auf eine eigentliche gestio der Beklagten zurückzuführen sind, richten vielmehr, indem sie die von dem dissentirenden Theil ihrer Mitgesellschafter in Aussicht genommenen Theilungsgrundsätze als ungesetzlich bezeichnen, ihren Antrag geradezu auf Feststellung und actuelle Anerkennung eines bestimmten, der Auseinandersetzung zum Grunde zu legenden Theilungsmaßstabes, und zwar a) laut Antrag 1 des erstinstanzlichen Thatbestandes nach rein negativer Richtung hin, in Form einer Klage auf Anerkennung des Nichtbestehens eines bestimmten, ihnen gegenüber behaupteten Vertragsverhältnisses, wie auch b) laut Antrag 2 daselbst nach positiver Richtung hin, in Form einer Klage auf actuelle (durch Aufstellung eines entsprechenden Theilungsplans zu bethätigende) Anerkennung des Bestehens eines bestimmten, von ihnen behaupteten Vertragsverhältnisses, und ist es gerade dieser, die positive Seite des Verhältnisses betreffende letztere Antrag, den die Kläger in dieser Instanz an die Spitze gestellt haben. . . .

Ist aber die erhobene Klage lediglich als gewöhnliche Anerkennungs- und Feststellungsklage anzusehen, so erscheinen auch alle diejenigen, die Sachlegitimation der Parteien betreffenden Bedenken vollkommen begründet, welche seitens des angef. Erk. gegen deren Zulassung geltend gemacht worden sind. Mit Recht wird von der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, daß es sich hier um ein streitiges Rechtsverhältniß handle, das allen Gesellschaftern gegenüber nur einheitlich festgestellt werden könne, und bei welchem der Einwand, daß nur ein Theil der gemeinschaftlich Berechtigten und Verpflichteten klagend aufgetreten resp. verklagt worden sei, zwar nicht einen Zwang für die übrigen Mitberechtigten oder Mitverpflichteten zur Theilnahme am Rechtsstreit (eine nothwendige Streitgenossenschaft), wohl aber die Abweisung der Klage wegen mangelnder Activ- und Passivlegitimation zur Folge haben müsse — ein aus

fr. 31 § 5—10 de Aedil. Ed. 21. 1; fr. 62 § 1 de evict. 21. 2; fr. 84 § 13 de legat. I. 30

sich ergebender Gesichtspunct, der in neuerer Zeit besonders von

Bethmann-Hollweg Versuche S. 86 ff. und Bland Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 118 ff., S. 397 ff.

erfolgreich geltend gemacht worden ist.

Da das den Beklagten als Complementaren ertheilte Mandat mit dem hier in Frage stehenden Anspruch auf Feststellung eines bestimmten Theilungsmaßstabes in keinem denkbaren Zusammenhange steht, so kann es auch auf die Statuirung des obigen Grundsatzes keinen Unterschied machen, ob die nur einen geringen Bruchtheil der Gesammtheit repräsentirenden Beklagten mit Rücksicht auf das ihnen ertheilte fragliche Mandat oder, wie der in 1. Instanz nachgeholte eventuelle Klagantrag voraussetzt, ohne Rücksicht auf letzteres, bloß in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter in Anspruch genommen worden sind.

Vor Allem steht der erhobenen Anerkennungs- und Feststellungsklage aber auch schon der Mangel eines rechtlichen Interesses entgegen, der regelmäßig da anzunehmen ist, wo das Bedürfniß, ein concretes Rechtsverhältniß anerkannt zu sehen, schon durch die Klage auf die betreffende Leistung selbst befriedigt werden kann:

Seuffert Archiv Bd. 31 Nr. 304 und die daselbst cit. Entscheidungen.

Nun steht aber im gegebenen Fall, in welchem es zum Zweck der Auseinandersetzung eines präparatorischen Verfahrens auf Rechnungslegung nicht mehr bedarf, vielmehr die der Berechnung zu Grunde zu legenden Factoren, soweit solche auf die gestio der Verklagten zurückzuführen sind, bereits in Folge früher stattgehabter Rechnungslegung als feststehend betrachtet werden dürfen, der Geltendmachung eines solchen Anspruchs auf Auseinandersetzung und Herauszahlung des durch einfache Rechnungsoperation

zur Ziffer zu bringenden Guthabens der Kläger (mit welchem das betreffende Unternehmen doch zweifellos abgeschlossen haben wird) nichts im Wege. Die erhobene Klage ist demnach auch schon ihrer objectiven Richtung nach als verfehlt zu betrachten."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 12. Mai 1880 i. S. Engelke u. Cons. w. Osterloh u. Cons. wegen Abrechnung. D.

---

124. Theilungsklage; der Richter hat die Art der Theilung zu bestimmen.

Vgl. Bd. 35 Nr. 23 mit Nachw.

Ist Theilung einer gemeinschaftlichen Sache überhaupt Zweck der Klage so kann der Kläger, wenn er auch anfänglich eine bestimmte Art der Theilung beantragte, immerhin im Lauf der Verhandlung auf eine andere Theilungsart übergehen, bzw. die Bestimmung der Art der Theilung dem Gericht anheim geben, weil bei der Theilungsklage, einem iudicium duplex, der Richter die Theilung zu besorgen und daher ganz abgesehen von etwaigen Anträgen der Parteien zu bestimmen hat, wie getheilt werden solle:

Windscheid Pand. Bd. 2 § 449, Bd. 1 § 127 N. 2; bayer. LR. Thl. IV c. 13 §. 4, Thl III c. 1 § 14 u. Anm. hierzu Nr. 1, 2 lit. e, Nr. 9, 11

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 23. Febr. 1880. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 45 S. 192.

---

125. Die Kündigung an den Bürgen, wenn demselben die Einrede der Vorausklage nicht zusteht, genügt, um die Schuld ihm gegenüber fällig zu machen.

„Nimmt man an, daß dem Beklagten (Bürgen) die Einrede der Vorausklage nicht zustand, so genügte der Kläger der Bestimmung, daß der Anspruch nur nach vorgängiger halbjähriger Kündigung geltend gemacht werden dürfe, wenn er den Beklagten zur Zahlung aufforderte. Kläger war berechtigt, sich unmittelbar und lediglich an den Beklagten zu halten; wenn er also denselben zur Zahlung aufforderte, so gab er hierdurch zu erkennen, daß er von diesem Recht Gebrauch machen wolle. Wie der Beklagte zu einer Verweisung des Klägers an den Hauptschuldner nicht berechtigt war, so hatte er auch kein Interesse daran, zu verlangen, daß der Kläger auch dem Letzteren gegenüber durch Kündigung an diesen die Fälligkeit der Schuld herbeiführte; sein Interesse war vielmehr gewahrt, wenn ihm nach der ihm vom Gläubiger gemachten Mittheilung, daß er Zahlung verlange, die vertragsmäßige Frist bis zur Inanspruchnahme gelassen wurde. Glaubte der Beklagte, daß der Hauptschuldner bereit sein würde, Zahlung zu leisten,

so war es ihm unbenommen, denselben seinerseits zu benachrichtigen und sich von ihm die Zahlungsmittel zur Verfügung stellen zu lassen. — Es läßt sich hiergegen auch nicht einwenden, daß die Bürgschaft auch dann accessorischer Natur sei, wenn dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zustehe; denn die Abhängigkeit der Existenz der Verpflichtung des Bürgen von der des Hauptschuldners wird dadurch nicht aufgehoben, daß der Gläubiger die Forderung durch Kündigung an den Bürgen diesem gegenüber zur Fälligkeit bringen kann."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 22. Mai 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Bersu w. Weirauch. Wck.

---

126. Kann der zahlende Bürge auch ohne Klagenceſſion des Gläubigers gegen den Hauptſchuldner Regreß nehmen?* — Der debitor cessus kann gegen den Ceſſionar nicht compenſiren mit einer Forderung an den Cedenten, welche er durch eine nach der Denunciation auf Grund vorher für den Cedenten übernommener Bürgſchaft geleiſtete Zahlung erworben hat.**

*Vgl. Bd. 17 Nr. 40 mit Nachw.; Bd. 22 Nr. 142, 237 a. E.; Bd. 32 Nr. 138; Bd. 33 Nr. 301; Bd. 34 Nr. 210. — **Vgl. Bd. 31 Nr. 134 mit Nachw.; Bd. 32 Nr. 128.

Klägerin klagt eine ihr von ihrem Ehemann cedirte Forderung gegen den Beklagten ein. Letzterer war zur Zeit der ihm alsbald denunciirten Ceſſion Nachbürge für ſeinen Bruder bezüglich einer von dieſem für den Ehemann der Klägerin übernommenen Bürgſchaft und hat bei ſich herausſtellender Inſolvenz des Hauptſchuldners und des Bürgen die verbürgte Forderung ein Jahr nach der Ceſſion bezahlt. Den Betrag dieſer Zahlung will er compenſiren.

In 1. und 2. Inſtanz wurde die Compenſationseinrede deshalb verworfen, weil Beklagter als Nachbürge für ſeinen Bruder zum Cedenten der Klägerin in keinem Bürgſchaftsverhältniß geſtanden und deshalb durch ſeine Zahlung keine nützliche Geſchäftsführung für Letzteren vorgenommen habe. Höchſtrichterlich wurde ausgeführt:

„Die Frage, ob dem Bürgen ein Regreß gegen den Hauptſchuldner zuſteht, iſt nach dem zwiſchen ihnen obwaltenden Rechtsverhältniß zu beurtheilen. Als Regel gilt, daß der Bürge das dem Gläubiger Gezahlte auch ohne Ceſſion der Klage von dem Hauptſchuldner nach den Grundſätzen des Auftrages oder der Geſchäftsführung erſetzt verlangen kann (§ 6 Inst. de fideiuss. 3. 20; fr. 43 de neg. gest. 3. 5). Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn der Bürge die Bürgſchaft in ſeinem eigenen Intereſſe als fideiussor in rem suam oder donandi animo übernommen hat. Daß der Regreßanſpruch des Bürgen nach dieſen Grundſätzen zu beurtheilen iſt, nehmen Doctrin und Praxis faſt ohne Ausnahme an:

vgl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 481; Arndts Pand. § 356; Sintenis Pand. § 129; Stobbe deutsches Privatrecht Bd. 3 § 192; Seuffert Archiv Bd. 22 Nr. 237 (München), Bd. 17 Nr. 40 (Rostock).

Dieselben Rechte, welche der Bürge durch die Zahlung gegen den Hauptschuldner erlangt, erwirbt auch der Nachbürge, wenn er durch Befriedigung des Gläubigers den Hauptschuldner befreit.

Da nun im vorliegenden Fall der Appell.-Richter nicht festgestellt hat, daß Beklagter donandi causa oder in rem suam für den Ehemann der Klägerin intercedirt hat, so verletzt er durch Versagung des Regresses aus dem Grunde, weil die Bezahlung der Schuld an M. kein utiliter gestum für den Hauptschuldner enthalte, den in der Nichtigkeitsbeschwerde formulirten Rechtsgrundsatz. Es unterliegt deshalb die Entscheidung über diesen Compensationseinwand der Vernichtung.

Bei freier Beurtheilung muß jedoch das zweite Erkenntniß aufrecht erhalten werden.

Nach gemeinem Recht ist es Regel, daß der debitor cessus gegen den Cessionar mit Forderungen an den Cedenten compensiren darf, sofern ihm diese Forderungen bei der Certioration zustanden und, wenn die cedirte Forderung fällig ist, damals ebenfalls fällig waren:

vgl. Krug Compens. S. 170 ff.; Dernburg Compens. 2. Aufl. S. 406; Seuffert Archiv Bd. 2 Nr. 279 (Lübeck), Bd. 6 Nr. 177 (Stuttgart), Bd. 12 Nr. 18 (Kassel), Bd. 13 Nr. 91 (Celle), Bd. 14 Nr. 22 (Jena); Fenner u. Mecke Bd. 4 S. 32.

Im vorliegenden Fall hat der Ehemann der Klägerin dieser die Baugelderforderung am 16. September 1876 cedirt. Beklagter ist von der Cession binnen wenigen Tagen benachrichtigt worden. Die Zahlung an M. aber hat er Trinitatis 1877 geleistet. Nach obiger Regel würde Beklagter nur dann zur Compensation berechtigt sein, wenn ihm vor Empfang der Denunciation die zur Aufrechnung gebrachte Forderung an den klägerischen Ehemann bereits zustand. Er vermeint dies, weil er die Nachbürgschaft, durch welche er zur Zahlung verpflichtet wurde, schon vor der Denunciation übernommen hatte. Jedoch mit Unrecht. Die gemeinrechtliche Praxis versagt sogar dem Hauptbürgen, welcher erst nach der Denunciation zahlt, die Aufrechnung:

Seuffert Archiv Bd. 2 Nr. 279 (Lübeck), Bd. 13 Nr. 91 (Celle),

weil er durch Uebernahme der Bürgschaft zwar einen Anspruch auf Caution oder Liberation gegen den Hauptschuldner, nicht aber auf Zahlung erwirbt:

fr. 45 § 2 mandati 17. 1; Girtanner Bürgschaft S. 529.

Im vorliegenden Fall aber war nicht die Nachbürgschaft des Beklagten für seinen Bruder, sondern nur die Zahlung an M. ein utiliter gestum für den Ehemann der Klägerin; zur Zeit der Zahlung aber war die Klagforderung aus dessen Vermögen durch die Cession bereits ausgeschieden."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Hülfssen.) v. 27. April 1880 in einer preuß. (gemeinrechtl.) Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 344 ff.

127. Wirkung des Eigenthumsvorbehalts an einer universitas rerum.* Constitutum possessorium.** Eigenthumserwerb durch Stellvertreter.***

*Vgl. Bd. 1 Nr. 319; Bd. 3 Nr. 329; Bd. 7 Nr. 283; Bd. 13 Nr. 308; Bd. 28 Nr. 108; Bd. 35 Nr. 123. — **Vgl. Bd. 30 Nr. 119 mit Nachw.; Bd. 34 Nr. 13, 270. — ***Vgl. Bd. 34 Nr. 179 mit Nachw., Nr. 270.

Im Jahr 1874 hat der Weinwirth W. in M. seine Weinwirthschaft mit dem vorhandenen Weinlager und sonstigen Inventar an den Küfer E. verkauft. Dabei behielt sich der Verkäufer W. bis zur gänzlichen Zahlung des Kaufschillings das Eigenthumsrecht an dem abgetretenen Inventar und den überlassenen Weinen vor, und wurde weiter bestimmt, daß Käufer nicht gehindert sein solle, die Weine im gewöhnlichen Geschäftsbetriebe zu verkaufen, wogegen die von ihm neu zu erwerbenden Weine an die Stelle der veräußerten und in das Eigenthum des W. ohne weiteren Rechtsact treten sollten. Im Jahr 1879 brach über das Vermögen des E. die Gant aus. W. beanspruchte nun an dem zur Zeit des Ausbruchs der Gant vorhandenen Weinlager auf Grund jenes Eigenthumsvorbehalts das Separationsrecht, wobei er sich zur Begründung desselben hinsichtlich der neu angeschafften Weine sowohl auf ein constitutum possessorium, als auf die Grundsätze bei dem Verkauf einer universitas rerum berief.

Durch Urtheil des OLG. M. wurde dem W. das Separationsrecht an sämmtlichen zur Zeit der Ganteröffnung vorhandenen Weinvorräthen zuerkannt. Die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde verworfen. Aus den Gründen:

„Im gegebenen Fall sind allerdings die Voraussetzungen zur Annahme eines constitutum possessorium nicht vorhanden. Das const. poss. ist zweifelsohne ein wahrer Fall des Besitzerwerbs durch Stellvertreter, nur daß dieser hier der bisherige Civilbesitzer selbst ist:

fr. 77 de rei vind. 6. 1; fr. 18 de adquir. vel am. poss. 41. 2; const. 28, 35 § 5 de don. 8. 54; fr. 1 § 1, fr. 2 pro socio 17. 2.

Durch bloßes Wollen verwandelt sich nämlich der Besitz in Detention; Besitz und Eigenthum wird wirklich an den neuen Erwerber (Käufer) übertragen, und der bisherige Civilbesitzer verwaltet nurmehr fremden Besitz. Das const. poss. setzt aber immer einen Vertrag voraus, wodurch der Uebergang des Eigenthums bestimmt wird, z. B. Kauf, zu welchem es sich als Nebenvertrag verhält:

Savigny Recht des Besitzes 5. Aufl. S. 328; Seuffert Pand. 3. Aufl. § 109 N. 11.

Die Erklärung des bisherigen Civilbesitzers, von nun an Repräsentant fremden Besitzes sein, bloß fremden Besitz verwalten zu wollen, kann sowohl ausdrücklich als durch concludente Handlungen geschehen (vgl. Savigny a. a. O. S. 329—333).

Im vorliegenden Fall ist außer Streit, daß W. sein Weinlager als ein Ganzes (universitas rerum), d. h. als eine ideelle Einheit mehrerer Sachen an E. verkaufte, wo das Ganze als ein Dauerndes, das Einzelne als vergänglich wechselnd gedacht wird und, wenn auch viele oder alle einzelnen Stücke wegfallen und durch andere ersetzt werden, das Recht am Ganzen dadurch keine Aenderung erleidet, während nebenbei das Eigenthum an den einzelnen Stücken fortbesteht:

Puchta Pand.-Vorl. Bd. 1 § 35 Ziff. 6; fr. 7 de instr. vel instr. leg. 33. 7; fr. 76 de iud. 5. 1; v. Keller Pand. 2. Aufl. Thl. 1 S. 107 N. 10—12.

Ebenso ist nicht streitig, daß W. sich das Eigenthum des verkauften und übergebenen Weinlagers mit der oben erwähnten näheren Vereinbarung über den Betrieb vorbehalten hat.

Es fragt sich hiernach zunächst darum, welche rechtliche Wirkung obiger Eigenthumsvorbehalt, welcher lediglich zur Sicherheit des Kaufschillings-Rückstandes gemacht wurde, habe. Diese Frage läßt sich nur dahin beantworten, daß er den Eigenthumsübergang der Kaufobjecte nach Art einer Suspensivbedingung bis zur vollständigen Tilgung des Kaufschillings hemmte, ohne jedoch den Besitzübergang auf E. zu hindern, aber auch ohne seine Wirkung an sich weiter als auf die damaligen Kaufobjecte zu erstrecken:

Seuffert a. a. O. § 395; Puchta Vorl. Bd. 1 § 148; fr. 20 de prec. 43. 26; Keller Pand. § 327.

Wenn nun, wie gezeigt, das pactum reserv. dom. den Uebergang des Eigenthums der gekauften Sache auf die Käufer geradezu verhindert, während doch das const. poss. Besitz und Eigenthum übertragen soll und wirklich überträgt und der bisherige Civilbesitzer bloß mehr fremden Besitz verwaltet, so ergiebt sich nothwendig, daß durch den Abschluß eines pactum reserv. dom. das const. poss. ausgeschlossen wird, zumal wenn, wie im vorwürfigen Fall, die Kaufobjecte an den Käufer tradirt werden, also der Verkäufer selbst die Detention derselben aufgiebt.

Kann somit von dem Dasein eines const. poss. zwischen E. und W. schon bezüglich des verkauften und tradirten Weinlagers keine Sprache sein, so ist dies noch weniger hinsichtlich der von E. neu angeschafften Weine möglich. Zwar sollten nach der Verabredung diese an die Stelle der veräußerten Weine und ohne weiteren Rechtsact in das Eigenthum des W. treten und diesem eine Controle darüber eingeräumt sein; allein daß hierin ein const. poss. nicht zu finden, leuchtet sofort ein; denn dasselbe setzt ein concretes Rechtsgeschäft, wodurch die Uebertragung des Eigenthums bestimmt wird, voraus, sowie daß von dem Veräußerer und Civilbesitzer die entsprechende Erklärung oder Handlung ausgeht. Nach jener Verabredung sollte aber E. die Weine einkaufen, so daß er wohl zu den Weinverkäufern in Contractsverhältnisse trat und von denselben die Uebertragung

des Besitzes und Eigenthums der gekauften Weine an ihn durch const. poss. möglich war, keineswegs aber zwischen ihm und W., welche sich in dieser Beziehung nicht als Verkäufer und Käufer gegenüberstanden.

Das Eigenthum an den angeschafften Weinen muß daher in anderer Weise auf W. übergegangen sein, wenn sein Separationsanspruch hieran begründet sein soll, da eine Verabredung wie die in Frage stehende für sich allein, d. h. ohne weitere Thätigkeit des Verpflichteten, in Bezug auf den Eigenthumserwerb wirkungslos ist, weil das Eigenthum durch bloßen Vertrag nicht erworben wird:

vgl. Seuffert Archiv Bd. 7 Nr. 283, Bd. 3 Nr. 329; const. 20 de pact. 2. 3.

Nach den Aufstellungen und der Vertragsauslegung im angefochtenen Urtheil ist dies auch geschehen, indem hiernach E. bei Anschaffung der neuen Weine stets von der Meinung und Absicht geleitet wurde, dieselben nur als Stellvertreter des W. zu erwerben und zu detiniren, und die kritische Vertragsbestimmung ihrem Wesen nach nichts Anderes ist als die Vereinbarung, daß E. die neu anzuschaffenden Weine für W. in Besitz zu nehmen habe, er sohin vertragsmäßig verpflichtet war, dieselben für W. zu erwerben und zu detiniren, endlich die Umstände des vorliegenden Falls entnehmen lassen, daß E. nur für W. die Weine besitzen wollte.

Wenn nun, wie feststeht, E. die von ihm nachgeschafften Weine in Ausführung einer durch Vertrag begründeten Verpflichtung bzw. Auftrages bloß für W. erkaufte und in Besitz nahm, so erwarb er Besitz und Eigenthum daran unmittelbar dem W., auch wenn dieser von dem Erwerb nichts wußte:

vgl. const. 1 de adquir. et ret. poss. 7. 32; Savigny a. a. O. § 26 S. 318; Windscheid Pand. § 155 N. 9.

Durch Stellvertretung hat also W. allerdings die besagten Weine zum Eigenthum erworben, wenn auch allerdings nicht, wie das angefochtene Urtheil annimmt, durch ein const. possessorium.

Die Behauptung der Beschwerdeführer, daß dieser Annahme eines Erwerbs durch Stellvertreter der Umstand entgegenstehe, daß die Verkäufer der Weine von der Repräsentation des W. durch E. keine Kenntniß hatten und daß auch dem W. lediglich die Rechte aus fraglicher Stellvertretung ohne gleichzeitige Uebernahme der Verbindlichkeiten zuerkannt seien, ist nicht begründet; denn beim Erwerb von Besitz und Eigenthum durch Stellvertreter muß der Repräsentant allerdings für den Anderen erwerben wollen; keineswegs hängt aber die Gültigkeit und Rechtswirksamkeit des Veräußerungsgeschäfts oder der Eigenthumsübergang davon ab, daß der Verkäufer (Trabent) das Repräsentationsverhältniß kenne, oder beim Kaufen auf eigene Rechnung wisse, ob Käufer die gekaufte Sache für sich behalten wolle oder nicht. Insbesondere ist beim Kauf regelmäßig der Wille des

Verkäufers und Tradenten nicht auf ein bestimmtes Individuum exclu gerichtet. Die Hauptsache ist ihm der Kaufpreis und daß ihm dieser wir unter dieser Voraussetzung ist ihm das kaufende Individuum gleichgült weshalb auch die Tradition der verkauften Sache an eine persona incert mit rechtlichem Erfolge möglich ist (Puchta Vorl. Bd. 1 § 148). Ei Ausnahme von dieser Regel ist nicht behauptet und auch nirgendwie angezeig

Wie nicht bestritten, hat E. die Weine immer auf eigene Rechnun eingekauft, die Weinverkäufer haben sich ohne allen Vorbehalt mit ih eingelassen und ihm die Weine ohne Anstand tradirt. Dies konnte abe keine andere Folge haben, als daß sie den E. hierdurch in die Lage ver setzten, das Eigenthum an den Weinen dem W. zu erwerben, während si sich wegen des Kaufschillings an E. als ihren persönlichen Schuldner zu halten haben, da sie seinem Credit folgten, sich auf seine Person verließen, daß er richtig zahlen werde; ihre Sache ist es, wenn sie jede Art der Sicherstellung der Kaufschillinge verschmähten (fr. 19 de R. J. 50. 17). Das Rechtsverhältniß zwischen E. und W. ist hierauf ohne Einfluß, weshalb sie sich auf die Bestimmungen über Mandat und neg. gestio und deren angebliche Verletzung vergeblich berufen.

Auch von einem dolus des W. oder des E. hinsichtlich der betreffende Weinkäufe kann nicht gesprochen werden; denn Letzterer handelte bloß in Erfüllung einer vertragsmäßigen Verpflichtung, und W. bestand zur Sicherun seines Kaufschillingsrestes auf Ergänzung des Weinlagers, soweit es durch Veräußerungen des E. vermindert worden war. Dieses Vertragsverhältni den Weinverkäufern des E. bekannt zu geben bestand weder für diesen noch für W. eine Verpflichtung; sie machten sich daher keines dolus schuldig wenn sie darüber schwiegen."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 18. Octbr. 1880. HB. Nr. 5677.

v. L.

---

128. Der durch Wegnahme von Zubehörungen eines beschlagnahmten Grundstücks Beschädigte kann mit dem interdictum quod vi aut clam Wiederherstellung des früheren Zustandes beanspruchen.

Nach verfügter Beschlagnahme eines Mühlanwesens zum Zweck gerichtlichen Zwangsverkaufs waren die Mühleinrichtungsgegenstände durch den Maschinenfabrikanten B. herausgenommen und weggeschafft worden. Die von betheiligten Gläubigern auf Wiederherbeischaffung dieser Einrichtungsgegenstände erhobene Klage wurde oberstrichterlich für begründet erachtet. Gründe:

„Nach gemeinem Recht steht wegen Aenderungen, welche Jemand mit einem Grundstück gegen Verbot eigenmächtig zum Nachtheil eines Andern vorgenommen hat, dem hierdurch Benachtheiligten gegen denjenigen, welch

jene unerlaubte Handlung verübte, ein Anspruch auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes und Ersatz des zugefügten Schadens zu, nämlich das interdictum quod vi aut clam:

Puchta Pand. § 386; Seuffert Pand. § 421; Windscheid Pand. § 465.

Die Voraussetzungen dieses Interdicts sind im vorliegenden Fall sämmtlich gegeben.

Nach der Feststellung des Berufungsgerichts ist das Mühlanwesen der Sch.'schen Eheleute zum Zweck der Subhastation mit Beschlag belegt und diese Beschlagnahme am 5. Juli 1879 im Hypothekenbuch vorgemerkt, nebstdem auch dem Beklagten bereits anfangs November 1879 von dem Versteigerungstermin besonders Kenntniß gegeben worden. Mit dieser Beschlagnahme und deren Eintragung in das Hypothekenbuch ist für die betheiligten Gläubiger sowohl an den Schuldner wie an alle sonstigen zu Ansprüchen an das beschlagnahmte Gut etwa berechtigten Personen, insbesondere an den hiervon speciell in Kenntniß gesetzten Beklagten, das Verbot eigenmächtiger Veränderung des in Ansehung dieses Guts bestehenden Zustandes ergangen und alle nach jenem Zeitpunct hinsichtlich der betreffenden Sache von dem Schuldner abgeschlossenen Verträge oder sonst getroffenen Verfügungen, welche die Gläubiger beeinträchtigen, sind gemäß Art. 1050 der bayer. PO. von 1869 nichtig. Die gegen dieses Verbot von Seiten des Beklagten in Gemeinschaft mit den schuldnerischen Eheleuten durch Abtrennung und Hinwegschaffung der in Frage stehenden Zubehörungen vorgenommene Veränderung an dem beschlagnahmten Mühlanwesen stellt sich somit als eigenmächtige, unerlaubte Handlung, als ein vi factum auf Seiten des Beklagten dar (fr. 9 § 2 quod vi aut clam 43. 24; fr. 73 § 2 de R. J. 50. 17) und giebt vermöge dieser ihrer Eigenschaft, gleichviel ob dem Beklagten ein Eigenthumsrecht an den abgetrennten Mühleinrichtungsgegenständen zur Seite steht oder nicht, den aufgetretenen Klägern das Recht, die Wiederherstellung des bestandenen Zustandes von dem Ersteren zu fordern."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 22. Novbr. 1880. B. Nr. I. 11/80.

v. L.

---

129. Zum Begriff des Fabrikbetriebs im Sinn des § 2 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871.

Vgl. Bd. 34 Nr. 42; Bd. 35 Nr. 290.

Ein Anspruch aus § 2 des Haftpflichtgesetzes kann nur begründet sein, wenn ein Unfall bei dem Betrieb einer der daselbst aufgeführten Anstalten, hier also einer Fabrik, eingetreten ist; § 2 hat nur gegen die Gefahren bei dem Betrieb dieser Anstalten Schutz gewähren wollen, dies auch genügend deutlich ausgedrückt.

Es kann für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, ob der Unfall gerade durch die besonderen Gefahren des Fabrikbetriebs verursacht sein und ob er sich gerade im Fabriklocal selbst ereignet haben muß; jedenfalls ist ein ursachlicher Zusammenhang zwischen dem Fabrikbetrieb und dem Unfall nothwendig; das Haftpflichtgesetz ist nicht auf Unfälle anwendbar, welche sich ganz außerhalb des Fabrikbetriebs ereignen. Dies hat bereits das Reichsgericht in Uebereinstimmung mit dem ehemaligen ROHG. ausgesprochen (vgl. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 46).

Im vorliegenden Fall hat sich der Unfall ereignet bei dem Verladen eines Trägers, welcher zum Zweck einer Bearbeitung nach der Fabrik des Beklagten gebracht werden sollte. Der Transport zu der Fabrik, welcher mit dem Verladen begann, gehörte noch nicht zu der Fabrikthätigkeit, war an sich etwas davon völlig Getrenntes. Zwar hat der Beklagte diesen Transport übernommen und durch seine Fabrikarbeiter ausführen lassen; damit hat er aber nur neben der auszuführenden Fabrikarbeit ein davon getrenntes Transportgeschäft übernommen, auf welches das Haftpflichtgesetz nicht deshalb anwendbar ist, weil es von den Fabrikarbeitern ausgeführt worden ist, und auch nicht deshalb, weil es einen in der Fabrik zu bearbeitenden Gegenstand betraf.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 22. Septbr. 1880 in der preuß. Sache Koetz w. Schäfer. Wck.

---

130. Reichshaftpflichtgesetz § 7 Abs. 2. Das Urtheil auf Zahlung einer Entschädigungsrente wird rechtskräftig bezüglich der Haftpflicht selbst. Weitergewährung einer nur auf Zeit zugesprochenen Rente.

Vgl. Bd. 35 Nr. 31, 213.

In dem Vorproceß unter den Parteien ist, wie in dem jetzigen Proceß, ein Anspruch gegen die Beklagten als Fabrikunternehmer für diejenige Körperverletzung geltend gemacht, welche der Kläger bei dem Betrieb der Fabrik erlitten hat. Nach § 9 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 finden daher die §§ 7 und 8 daselbst auf beide Processe Anwendung.

Der § 7 läßt eine Aenderung eines rechtskräftigen Erkenntnisses auf Zahlung einer bestimmten Entschädigungsrente oder auf den Fortfall derselben zu, hebt daher, wie bei der Berathung des Gesetzes im Reichstage hervorgehoben ist, für Erkenntnisse dieser Art die Rechtskraft in gewissem Umfange auf. Dies ist jedoch nur der Fall, soweit es sich um die Höhe, den Wegfall, oder den Wiedereintritt des durch Rente zu ersetzenden Schadens handelt, nicht in Betreff der Haftbarkeit für die eingetretene Körperverletzung; letztere wird rechtskräftig durch ein Erkenntniß auf Rente entschieden. Das Erkenntniß im Vorproceß auf eine Rente für den Zeitraum von 3 Jahren

hat daher die Haftbarkeit der Beklagten für die Körperverletzung des Klägers rechtskräftig festgestellt. . . .

Die jetzige Klage auf weitere Zahlung der bisher nur bis zum 2. März 1878 dem Kläger zugesprochenen Rente, jedoch zu einem anderen Betrage, macht nur das Recht des § 7 Abs. 2 a. a. O. geltend. Damit ist auch der Einwand der Verjährung hinfällig, weil eben nur eine andere Entscheidung über die Höhe und Dauer der schon zugesprochenen Rente verlangt wird. Der § 7 spricht zwar wörtlich nur von der Wiedergewährung einer aufgehobenen Rente, nicht von der Weitergewähr einer auf bestimmte Zeit zugesprochenen; bei dem klar darin ausgesprochenen Princip, die Höhe der Entschädigung, wenn sie durch eine Rente gewährt wird, der Abänderung durch einen späteren Proceß zu unterwerfen, muß es aber auch für zulässig erachtet werden, auf fernere Gewährung einer nur auf Zeit zugesprochenen Rente zu klagen, wenn die gesetzliche Bedingung jeder abändernden Entscheidung nach § 7, eine wesentliche Veränderung der bei der früheren Feststellung maßgebenden Verhältnisse, vorliegt. In dieser Beziehung ist als feststehend zu erachten, daß im Vorproceß die Rente nur auf 3 Jahre eingeklagt ist, weil damals vorausgesetzt werden konnte, daß die Aufhebung der Verminderung der Erwerbsfähigkeit des Klägers in 3 Jahren gehoben sein würde. Wenn Kläger jetzt erweist, daß diese Voraussetzung nicht eingetreten, seine Erwerbsfähigkeit noch jetzt durch den Unfall aufgehoben oder gemindert ist, so ist darin im Sinn des § 7 der allein dem Kläger obliegende Beweis einer wesentlichen Veränderung der im Vorproceß bei der Forderung und Festsetzung der Rente ihrer Dauer nach maßgebenden Verhältnisse zu finden.

Dieser Beweis ist als geführt anzusehen.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 9. Juni 1880 in der preuß. Sache Koczy w. Zender u. Co. Wck.

---

131. Statthaftigkeit einer Klage auf Ersatz der von dem bösgläubigen Besitzer gezogenen Früchte auch ohne gleichzeitige Vindication des Grundstücks.

Vgl. Bd. 31 Nr. 336. (Auch Bd. 36 Nr. 16 mit Nachw.)

„Das OLG. hat die Klage auf Zahlung einer Entschädigung für die unberechtigte Benutzung zweier der klagenden Standesherrschaft eigenthümlich gehörigen Grundstücke abgewiesen und zwar deshalb, weil die Klägerin gegen den Beklagten eine Klage auf Herausgabe jener Grundstücke hätte stellen und mit dieser Klage auch ihre Ansprüche gegen den bösgläubigen Besitzer für die von ihm gezogenen und verzehrten Früchte hätte verbinden sollen. Die gegen diese Entscheidung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist begründet.

Ein allgemeiner rechtlicher Grund, warum der Eigenthümer eines Grundstücks gegen dessen Besitzer, der durch ungerechtfertigte Benutzung des

Grundstücks sich bereichert oder den Eigenthümer geschädigt hat, keinen selbständigen Anspruch auf Ersatz dieses Schadens oder Herausgabe der Bereicherung sollte erheben können, sondern gezwungen sein sollte auf Herausgabe der Grundstücke zu klagen und mit dieser Klage seinen Anspruch wegen der gezogenen Früchte zu verbinden, besteht nicht. Es ist auch im röm. Recht keine Gesetzesstelle zu finden, welche dies als allgemeine Regel aufstellte. Nur bezüglich der vom gutgläubigen Besitzer der Hauptsache, deren Eigenthum bestritten ist, vor Beginn des Streits gezogenen, aber noch in Natur vorhandenen Früchte ist von mehreren Pandektisten aus den Bestimmungen in § 35 Inst. de div. rer. 2. 1, § 2 Inst. de off. iud. 4 17. const. 3 de condict. 4. 9, const. 26 pr. de usur. 4. 32 und const. 3 de fruct. et lit. exp. 7. 51 der, von Anderen (insbesondere Marezoll in der Gießener Zeitschrift Bd. 18 S. 226—264) bestrittene, Satz abgeleitet worden, daß diese Früchte vom Eigenthümer der Hauptsache nicht durch eine besondere Klage, sondern nur mit der auf Restitution der Hauptsache gerichteten Vindication als Nebensache gefordert werden können, oder daß doch, wenn in dem Urtheil bezüglich der Vindication der Hauptsache die Nachklage bezüglich der Früchte nicht vorbehalten worden ist, deren Restitution nicht durch eine weitere Klage nachverlangt werden kann. Daß aber der Eigenthümer gegen den malae fidei possessor wegen der Früchte eine selbständige Klage erheben und mit derselben die noch vorhandenen Früchte vindiciren, die verzehrten Früchte dagegen condiciren kann, ist in fr. 22 § 2 de pign. act. 13. 7, fr. 4 § 2 fin. reg. 10. 1, fr. 15 de us. et fr. 22. 1, const. 3 de condict. 4. 9 und const. 4 de crim. expil. her. 9. 32 klar ausgesprochen und auch von jenen Schriftstellern, welche gegen den gutgläubigen Besitzer wegen der von ihm percipirten Früchte keine selbständige Klage zugestehen, anerkannt:

vgl. Glück Comm. d. Pand. Bd. 8 S. 299; v. Bangerow Pand. Anm. zu § 333; Puchta Vorl. Bd. 1 S. 368; Heimbach in Weiske Rechtslexicon Bd. 13 S. 90; Schmid gem. bürgerl. Recht Bd. 1 S. 313; Sell dingliche Rechte Bd. 1 S. 376.

Eine condictio wurde nun vom OLG. im vorliegenden Fall um deswillen als unstatthaft erachtet, weil nach Seuffert Pand. § 435a Anm. 6 und den dort citirten Gesetzesstellen (fr. 11 § 2 de reb. cred. 12. 1; fr. 29 de cond. ind. 12. 6; § 2 Inst. quib. al. 2. 8) eine condictio, wenn es sich um Zurückgabe körperlicher Sachen handelt, voraussetze, daß der Kläger nicht mehr Eigenthümer sei, und dieses Rechtsmittel nicht stattfinde, wenn der Kläger die Aufhebung des factischen Unrechts mit der rei vindicatio bewirken könne, der Klägerin aber die rei vindicatio zu Gebote gestanden habe, mittels deren sie neben der aus zwei Grundstücken bestehenden Hauptsache auch die gezogenen Früchte und zwar wegen des bösgläubigen Besitzes des Beklagten Entschädigung für die bereits consumirten Früchte hätte verlangen können. Allein die römischrechtliche Beschränkung der condictio

auf den Fall, wo eine Vindication nicht begründet erscheint, schlägt deshalb nicht an, weil die hier in Frage stehende Sache, um deren Condiction es sich handelt, nämlich die vom Beklagten gezogenen, zur Zeit der Klagestellung aber in Natur nicht mehr vorhandenen, sondern verzehrten Früchte für sich allein ohne Vindication der Grundstücke nicht vindicirt werden können. Daß die condictio fructuum nicht statthaft sei, wenn man die Hauptsache vindiciren kann, kann aus den vom OLG. citirten Gesetzesstellen nicht abgeleitet werden und ist auch in den citirten Pandekten Seuffert's und in dem von diesem in Bezug genommenen System des röm. Rechts von Savigny nicht gesagt. Dieser Autor führt in Bd. 5 S. 515 u. 523 vielmehr aus, daß nach dem in den Quellen hervortretenden ausschließlichen alternativen Verhältniß zwischen der rei vindicatio und der condictio in jenen Fällen, in welchen der fragliche Vermögensbestandtheil durch Consumtion aus dem Vermögen des bisherigen Eigenthümers heraus in das Vermögen des Gegners übergegangen sei, an Stelle der Vindication eine Condiction trete, und daß insbesondere in fr. 22 § 2 de pign. act. 13. 7 und const. 3 de condict. 4. 9 statuirt sei, in welchen Fällen, wie schon angeführt, dem Eigenthümer einer Sache gegen den widerrechtlichen Besitzer wegen der von diesem consumirten Früchte eine selbständige condictio eingeräumt ist."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 8. Novbr. 1880. HV. Nr. 5714.
v. L.

---

132. Geltendmachung der Ausstattungsforderung gegen den überlebenden parens durch den Ehemann der zur Ausstattung berechtigten Tochter.

Vgl. oben Nr. 48 mit Nachw.

Die im System der deutschen Gütergemeinschaft häufig vorkommende Verpflichtung des überlebenden Ehegatten, von dem beleibzüchtigten Gut des verstorbenen dem einen eigenen Haushalt gründenden Kinde eine elterliche Beihülfe, namentlich der Tochter eine Ausstattung zu gewähren, stellt eine Beschränkung und Last des Leibzuchtrechts dar. Sie bildet nur einen Theil der allgemeinen, dem Leibzüchter obliegenden Verpflichtung, „die Kinder aufzuerziehen und sie mit aller Nothdurft zu versehen", die das hier maßgebende Solmser Landrecht Thl. II Tit. 28 § 6 und ganz in seinem Sinn auch die herzoglich nassauische Ministerialverordnung vom 10. Januar 1825 § 2 ausdrücklich als eine Gegenleistung für die ausgedehnten Leibzuchtsrechte hinstellt. Mit dem Austritt des Kindes aus der häuslichen Gemeinschaft hört dasselbe auf, an dem Nutzen des ihm doch zum Theil zuständigen Guts zu participiren. An Stelle dieser Nutzungsbezüge tritt die ihm zur Begründung des eigenen Haushalts zu leistende

Beihülfe. Dieser Anspruch ist daher der Tochter als ein Anspruch auf Ausstattung gegen den überlebenden Vater (oder Mutter) sofort durch und mit der Verheirathung, sofern solche mit dem Austritt aus dem elterlichen Hause verbunden ist, erwachsen und deshalb, obgleich mit dem ehelichen Güterrecht — auch dem von Todeswegen — im innigsten Zusammenhang, doch weder derart, daß sich die eigenthümlichen Grundsätze des Erbrechts darauf anwenden ließen, noch als ein von der Person der Berechtigten schlechthin unzertrennlicher Anspruch und also als ein höchst persönliches Recht derselben anzusehen. Vielmehr kommt er der Tochter gerade mit Rücksicht auf ihre Heirath und auf Begründung einer eigenen Familie zu, und wird daher ein Bestandtheil des Guts, das diesem neuen Hausstand dient und eben deshalb dem Gebrauch und der Disposition ihres Ehemannes, nach eingetretenem Tode der Frau dem Leibzuchtsrecht desselben, so gut unterliegt wie andere (selbst unkörperliche) Vermögensrechte seiner Frau. Sollte daher auch anzunehmen sein, daß Ausstattungsansprüche der gedachten Art nicht cessibel sind, so würde es doch der eigentlichen Bestimmung und Natur derselben geradezu widerstreiten, wenn man ihre Geltendmachung dem Ehemann vor oder nach dem Tode der Frau versagen wollte. Vielmehr muß er als Haupt des Hauses bzw. als Inhaber der Leibzucht auch für seine Person zu ersterer legitimirt erscheinen.

Dafür hat sich auch trotz einigen Schwankens die Praxis der nassauischen Gerichte vorwiegend ausgesprochen:

Archiv für nassauisches Recht Bd. 1 S. 117 (bei Seuffert Bd. 2 Nr. 61), desgl. Bd. 3 S. 236 (bei Seuffert Bd. 13 Nr. 317), desgl. Bd. 4 S. 130, 132 ff., 223.

Die angefochtene Entscheidung beruht sonach nicht auf irrigen Rechtsgrundsätzen und die Nichtigkeitsbeschwerde war daher als unbegründet zurückzuweisen.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 20. Novbr. 1880 in der preuß. (nassauischen) Sache B. w. W. St.

---

133. Erbeseinsetzung zum Schein folgt noch nicht daraus, daß der Erbe nicht die Quart oder noch weniger erhalten soll.

Es hatte die F. in ihrem Testament den katholischen Stadtpfarrer H. in A. zu ihrem Erben eingesetzt und außer einigen Legaten an Verwandte ihr Haus in A. legatsweise als Fundationsvermögen für eine zu gründende Dienstbotenversorgungsanstalt bestimmt. Im Testament hieß es, daß der Erbe H. aus eigenen Mitteln zur Tilgung von Erbschaftsschulden, Begräbnißkosten und anderen nothwendigen Ausgaben nichts beitragen solle, daß derselbe aber auch, wie die Erblasserin überzeugt sei, wenn ihm nicht der vierte Theil des Nachlasses verbliebe, keinen Gebrauch von dem Abzugsrecht

aus bayer. LR. Thl. III c. 6 § 14 machen werde, sondern ihren letzten Willen genau in Vollzug setzen und denselben weniger wegen seines eigenen persönlichen Vortheils als der guten Sache halber respectiren werde; bleibe nach Vertheilung des Nachlasses für den Erben noch ein Vermögenstheil übrig, so könne er über denselben disponiren, wenn er ihn aber zu wohlthätigen Zwecken verwenden wolle, so wäre es der Testatrix erwünscht, daß ihn die Dienstbotenanstalt erhalte.

Dieses Testament wurde von einem Intestaterben der F. als nichtig angefochten, u. A. aus dem Grunde, weil der Stadtpfarrer H. nur zum Schein als Erbe eingesetzt sei. Diese Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. In den Gründen der höchsten Instanz ist ausgeführt:

„Wenn das, was im Testament schriftlich niedergelegt ist, als auf Schein beruhend und deshalb als nicht gültig bekämpft werden soll, so muß dies durch Thatsachen dargelegt werden; es muß das, was abweichend vom Gesagten gewollt wurde, oder wenigstens das Nichtwollen dessen, was gesagt ist, gleichviel in welcher Weise, in die äußere Erscheinung getreten sein. Ist dies nicht der Fall, kann der innere Wille nicht durch thatsächlich begründete Muthmaßungen oder sonst irgendwie dargelegt werden, so können die bloßen Gedanken keine Rechtswirksamkeit haben: interna sunt, quasi non essent. Deshalb hat das AG. die Behauptung, es habe der F. nichts ferner gelegen, als den Stadtpfarrer H. zum Erben zu machen, weil die bloße innere Willensmeinung betreffend, mit Recht als unwirksam erklärt. . . .

Auf das Vorbringen, es gehe nicht an, einen Scheinerben aufzustellen, dem bloß das inane nomen heredis verbleibe, wie dies hier der Fall sei, da dem H. jeder factische Genuß der Erbschaft entzogen werde, ist zu bemerken: Nach LR. Thl. III c. 3 § 9 und Anm. Nr. 2 lit. b muß bei der Erbeinsetzung der Wille des Testators, der animus instituendi seu aliquid titulo universali relinquendi sattsam erhellen (fr. 17 § 3 de her. inst. 28. 5). Es ist jedoch wohl zu unterscheiden zwischen der Disposition, der Absicht dem Erben etwas zu hinterlassen, und der Thatsache, ob dem Erben bei der Auseinandersetzung der Erbschaft wirklich etwas verbleibt. Daß der Erbe nach dem ausgesprochenen Willen des Erblassers etwas aus dem Nachlaß titulo universali erhalte, ist allerdings ein gesetzliches Erforderniß der Erbeinsetzung, wofür die Institute der quarta Falcidia und Trebellianica sprechen. Diesem Erforderniß ist aber auch nach der appellationsgerichtlichen Feststellung, daß der Gesammtnachlaß titulo hereditatis nach den Bestimmungen des Testaments auf H. übergehen solle, genügt. Wenn dem eingesetzten Erben aber bei Auseinandersetzung der Erbschaft bei genauer Berichtigung der Legate nichts verbleibt, wenn er von der quarta Falcidia — welche nach Nov. 131 c. 12 gemeinrechtlich bei Zuwendungen ad pias causas nach constanter Praxis (Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 63) überhaupt nicht

ſtattfindet, nach LR. Thl. III c. 6 § 15 Nr. 3 aber dann ſtatthat, wenn von den übrigen Geſchäften der vierte Theil nicht mehr zu erholen iſt — keinen Gebrauch macht, wie die F. nach ihrem Teſtament überzeugt war, ſo wird durch ſolchen im Willen des Erben ſelbſt gelegenen Erfolg deſſen durch den Erbſchaftsantritt erworbene Erbenqualität nicht alterirt." ...

Urtheil des oberſten LG. f. Bayern v. 7. Febr. 1880. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 45 S. 139 ff.

---

134. Erbvertrag; Rechtswirkſamkeit des Verzichts auf das Notherbrecht vor dem Tode des Erblaſſers*, auch ohne beſondere Acceptation des vertragsmäßigen Verzichts.**

*Vgl. Bd. 20 Nr. 150; Bd. 30 Nr. 47. — **Vgl. Bd. 33 Nr. 225 mit Nachw.

Ein in einem Erbvertrage erklärter Verzicht auf das Notherbrecht war als rechtsunwirkſam bekämpft worden, weil ein ſolcher Verzicht an und für ſich ungültig ſei und weil er im gegebenen Fall nicht ausdrücklich acceptirt worden. Beide Bemängelungen wurden als nicht zutreffend erachtet, und ſagen die Gründe des die desfallſige Nichtigkeitsbeſchwerde verwerfenden Urtheils:

Die in der Nichtigkeitsbeſchwerde aufgeſtellte Rechtsregel, wonach ein Verzicht auf das Notherbrecht vor dem Tode des Erblaſſers ungültig ſein ſoll, hat nach röm. Recht beſtanden; ſie kann aber nach heutigem Recht nicht mehr einen Anſpruch auf Gültigkeit machen. Nach heutigem Recht werden Erbverträge und beſonders auch einen Verzicht auf das Notherbrecht enthaltende Erbverträge, als nichts ſittlich Unangemeſſenes enthaltend, allgemein zugelaſſen:

vgl. Windſcheid Pand.-R. § 585 N. 1; Seuffert Archiv Bd. 20 Nr. 150; Holzſchuher Theorie Bd. 2 S. 888.

Was dann die angebliche Verletzung der Rechtsregel betrifft, daß Verzichte der hier fraglichen Art acceptirt werden müſſen, ſo kann es nicht für erforderlich erachtet werden, daß ein in einem Vertrage erklärter Verzicht irgend welcher Art, wenn er rechtsverbindlich ſein ſoll, beſonders acceptirt werde; es folgt die Acceptation ſchon ſelbſtverſtändlich aus dem Vertrage. Der Vertrag iſt ja eben das Ergebniß des übereinſtimmenden Willens der den Vertrag ſchließenden Theile, und muß daher Alles, was in einem zuſtandegekommenen Vertrage von der einen Seite gewährt worden iſt, als von der anderen Seite angenommen gelten.

Urtheil des oberſten LG. f. Bayern v. 6. Novbr. 1880. HV. Nr. 5699.

v. L.

---

135. Die Nichtigkeit der Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten[1]) bezieht sich auch auf Verträge über Vermächtnisse*, gleichviel ob derzeit schon eine letztwillige Verfügung des Dritten vorliegt oder nicht.

*Vgl. Bd. 13 Nr. 151.

Nach § 2563 des (sächs.) bürgerl. Gesetzbuchs sind Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten, wenn sie nicht mit dessen Einwilligung geschlossen worden, nichtig und unwirksam. Der Grund dieser aus dem römischen in das sächsische Recht übergegangenen Bestimmung liegt theils darin, daß nach dem Grundsatz: „hereditas viventis non datur",

vgl. fr. 1 de heredit. vel act. vend. 18. 4; fr. 19 de adquir. vel omitt. heredit. 29. 2,

solange diese dritte Person lebt, sich noch garnicht voraussehen läßt, worin die Erbschaft bestehe und wem sie anfallen werde,

vgl. Annalen des OAG. N. F. Bd. 9 S. 281 f.; Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 36 S. 6 f.,

theils darin, daß derartige Verträge, wie dies schon in den römischen Rechtsquellen, namentlich ganz allgemein und bestimmt in der const. 30 de pactis 2. 3 und in fr. 2 § 2 de vulg. et pupill. substit. 28. 6 ausgesprochen ist, als unehrenhaft und gegen die gute Sitte verstoßend zu betrachten sind. Diese Rücksicht tritt aber ebenso gut bei Verträgen über das Vermögen eines Lebenden als Gesammtheit, wie bei Verträgen über einzelne Theile der Vermögensrechte desselben ein, also nicht bloß bei Verträgen über die Erbschaft, sondern auch bei Verträgen über Vermächtnisse, und kann es daher einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, daß jene Bestimmung in § 2563 des bürgerl. Gesetzbuchs auch auf Verträge über Vermächtnisse Anwendung zu leiden hat.

Ob zur Zeit des Abschlusses eines solchen Vertrages eine letztwillige Verfügung des betreffenden Dritten bereits existirt oder nicht, ist, abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Fall eines Erbvertrages, gleichgültig und zwar schon deshalb, weil, wenn eine solche bereits vorhanden wäre, der Errichter derselben nicht behindert sein würde, sie zurückzunehmen und zu widerrufen und anderweit letztwillig zu disponiren.

Urtheil des OAG. zu Dresden v. 11. Octbr. 1878 i. S. der verw. Dietrich w. Handwerk. Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. Sachsen N. F. Bd. 46 S. 548.

[1]) Für das Fortbestehen des römischrechtlichen Grundsatzes von der Ungültigkeit der Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten haben sich ferner ausgesprochen: OAG. Lübeck Bd. 2 Nr. 313, Bd. 13 Nr. 151; OAG. Celle Bd. 8 Nr. 153, Bd. 30 Nr. 44; OAG. Oldenburg Bd. 18 Nr. 91; ob. Ghf. f. Bayern Bd. 31 Nr. 249; dagegen: OT. Stuttgart Bd. 1 Nr. 252; OAG. Wiesbaden Bd. 13 Nr. 44; OAG. Kassel Bd. 14 Nr. 216; OAG. Dresden Bd. 20 Nr. 51 (jetzt anders); OT. Berlin Bd. 32 Nr. 256.

136. Testamentsauslegung; Frage, ob in dem Testament die Errichtung eines Familienfideicommisses gefunden werden kann?

Vgl. Bd. 9 Nr. 194 Z. 5.

Dem Oberappellanten ist darin beizutreten, daß durch das die Grundlage des Klageanspruchs bildende Testament des Chr. Fr. v. D. vom 3. Mai 1751 rücksichtlich der allodialen Beistücke des Mannlehnguts G. ein Familienfideicommiß nicht begründet worden ist, noch auch sonst eine Anordnung getroffen wird, durch welche ihre Unveräußerlichkeit mit Wirkung gegen Dritte festgestellt worden wäre.

Die ganze letztwillige Disposition bezweckt ihrem Eingang wie ihrem Inhalt nach die Ordnung der Erbfolge unter den Descendenten des Testators. Sie geht von der Erbeseinsetzung der 6 Kinder desselben aus und giebt selbst „die Theilung des Nachlasses“ unter sie als ihren Zweck an. Zur Ausführung dieser Intention ordnet sie an, daß nur die Söhne das Rittergut (ohnehin Mannlehn) bekommen und „alle Grundstücke, so ich jetzt dabei besitze, wenn sie gleich allodial sind, cum onere et commodo ihnen und ihren männlichen Descendenten dabei verbleiben sollen“ — wiewohl mit der Beschränkung, daß, wenn dermaleinst das Lehngut in die Hand von Mitbelehnten gedeihen sollte, das Erbe davon gesondert werden müsse. Nachdem in dieser, einigermaßen beschränkten Weise die Töchter auch von der Erbfolge in den allodialen Besitz ausgeschlossen worden sind, wird dem jüngsten Sohn das ganze (immobiliare) Besitzthum für den Annahmepreis von 16 000 Thlrn. zugesprochen und werden die Herausgabeforderungen der beiden Brüder als Lehnsstämme constituirt. Bei dieser Gelegenheit wird als der Zweck der obigen Bestimmung die Erhaltung der Allodialstücke beim Lehn angegeben und dies noch in der Weise erweitert, daß in Zukunft „allemal auch das unter jedem Theil (d. h. den Brüdern und deren Nachkommen) befindliche „Erbe“ (d. h. Allod) einzig und allein nur auf die Brüder und deren männliche Descendenten nach rechter Sippzahl devolvirt wird, damit auf solche Weise sowohl das Gut selbst als jedes Sohnes Antheil desto eher bei der Familie erhalten wird“. Es werden deshalb die Söhne und deren Descendenten bis zum Letzten sich gegenseitig substituirt.

Hierdurch wird nichts weiter verordnet als die Gleichmäßigkeit der Erbfolge für Lehngut und allodialen Zubehör auf der Grundlage des Ausschlusses der Töchter und der Bevorzugung des jüngsten Sohnes. Dagegen fehlt es nicht bloß an der ausdrücklichen Bezeichnung der Verordnung als Familienfideicommiß, sondern auch an jeder Bestimmung darüber, ob und inwieweit den Besitzern der allodialen Beistücke die Verfügung unter Lebenden, namentlich also Verkauf, Verpfändung, Belastung mit Schulden untersagt sein solle. Daß der Testator die Unveräußerlichkeit

wenigstens in dem Maß der Unveräußerlichkeit des Mannlehns gewollt habe, ist möglich; aber die Möglichkeit oder selbst Wahrscheinlichkeit, daß der Testator dergleichen beabsichtigt habe, genügt nicht, um eine Disposition dieses Inhalts als wirklich getroffen anzusehen. Denn je weittragender und einschneidender eine solche auf die Errichtung eines Familienfideicommisses hinauslaufende Anordnung erscheint, um so mehr muß verlangt werden, daß diese Absicht bestimmt und unzweideutig aus der Erklärung heraustrete, und um so weniger ist es verstattet, den vermuthlichen Willen des Stifters aus seinen allgemeinen Tendenzen zu gewinnen und ihn als ausgesprochen zu behandeln. Mit Sicherheit erkennbar ist aber nur die Anordnung einer Erbfolge, bei welcher nicht bloß das Mannlehngut, sondern auch dessen allodiale Beistücke auf die männlichen Descendenten des jüngsten Sohnes, so lange als das Lehngut in der Familie bleibt, forterben und keinem der Nachbesitzer verstattet sein soll, diese Erbfolgeordnung zu ändern. Da somit in dem maßgebenden Testament die Unveräußerlichkeit des allodialen Zubehörs nicht als verordnet angesehen werden kann, so wird der hieraus hergeleitete Klagegrund hinfällig und mußte verworfen werden, ohne daß es eines Eingehens auf die Frage bedurft hätte, ob die Unveräußerlichkeit des Allods in der gewählten Form überhaupt und namentlich mit der Wirkung gegen Dritte hätte verfügt werden können.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 26. Octbr. 1880 in der anhaltischen Sache F. w. v. D. St.

---

137. Zur Kirchenbaupflicht der Zehntberechtigten.

Vgl. Bd. 23 Nr. 156 mit Nachw.

Die Kirche zu P. war wie jene zu S. in frühester Zeit Filialkirche zu W.; es war aber P. im Jahr 1192 mit Zustimmung des Pfarrers von W. vom zuständigen Bischof zu einer selbständigen Pfarrei erhoben und diese dem Kloster N. incorporirt worden, wobei ein Drittheil des Zehnts von der Markung P. diesem Kloster zugewiesen wurde, während zwei Drittheile der Bischof behielt. Im Jahr 1803 gelangte der ganze Zehnt an das fürstliche Haus L. Gegen dieses als Besitzer jenes Zehnts wurde von der Kirchenverwaltung P. Klage erhoben auf Anerkennung der subsidiären Baupflicht an der Kirche zu P.

Der 1. Richter wies die Klage ab, das Appell.-Gericht verurtheilte den Beklagten, das oberste LG. cassirte und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen heißt es:

Nach Concil. Trident. Sess. XXI cap. 7 de reform. ist die subsidiäre Baupflicht von Personen, welche Einkünfte aus kirchlichem Vermögen ziehen, ausdrücklich von dem Umstande abhängig gemacht, daß sie diese Einkünfte aus dem Vermögen derjenigen Kirche herleiten, um deren Baubedürftigkeit

es sich handelt, und da festgestellt ist, daß das fürstliche Haus L. decima universalis auf der Markung P. und S. sei, so steht auch dessen subsidi Baupflicht an der Pfarrkirche zu P. dann fest, wenn der fragliche Ze von dieser Kirche herrührt.

Schon in früherer Zeit beanspruchte die Kirche eine allgemeine Zehn abgabe, welche anfänglich von den Gläubigen als ein freiwilliges Opf für den Gottesdienst gespendet, später aber durch Kirchengebote allgemei vorgeschrieben und durch weltliche Gesetze in eine mit Hülfe der Staats gewalt erzwingbare Verbindlichkeit umgewandelt wurde. Dieser Zehnt, de Kirchenzehnt im eigentlichen Sinn, auch Pfarrzehnt, stand nach cap. 29 u. 30 X 3. 30 jeder Pfarrkirche in ihrem Sprengel zu, und in cap. 2 de restit. spol. VI^to 2. 5 ist eine gesetzliche Vermuthung aufgestellt, welche den Pfarrer im Streit über sein Recht von der Nothwendigkeit einer Beweisführung hierüber befreit (Permaneder Kirchenbaulast §§ 3 u. 19; Samml. Bd. 2 S. 95).

Hat nun die Markung von P. und S. bis zur Erhebung der Kirche in P. zu einer selbständigen Pfarrei zum Sprengel der Pfarrei W. gehört, so muß aus dem Rechtssatz, daß der parochus ipso iure zur Erhebung des Zehnts im Pfarrsprengel berechtigt sei, geschlossen werden, daß bis zum Beweise des Gegentheils die Vermuthung dafür streite, daß bis zur Erhebung der Kirche in P. zu einer Pfarrei der bisherigen Pfarrkirche zu W. der Zehnt auf den gedachten beiden Markungen zugestanden habe.

Nach cap. 4 Sess. XXI des Concil. Trident. aber geht bei Errichtung einer neuen selbständigen Pfarrei durch Abtrennung eines Theils des Sprengels der alten Pfarrei (divisio seu sectio beneficii) von dem Vermögen und den Einkünften der letzteren auf die neue Pfarrei nur so viel über, als von jener durch die Kirchenobrigkeit ausdrücklich losgetrennt und der neuen Pfarrei überwiesen wurde. Das gilt insbesondere auch vom Kirchenzehnt (Permaneder Kirchenrecht 3. Aufl. S. 376 Nr. 3; Blätter f. Rechtsanw. Erg.-Bd. 2 S. 243 u. 247). Demnach müßte, um das appellationsgerichtliche Urtheil als gerechtfertigt erkennen zu können, nachgewiesen sein — und das ist der Fall nicht —, daß fraglicher Zehnt der Mutterkirche W. vor der Auspfarrung der Filiale P. und Erhebung derselben zur Pfarrei nicht zugestanden, oder doch, wenn er ihr zugestanden, von der Mutterkirche losgetrennt und von dem Bischof von W. ganz oder theilweise der neuen Pfarrei zugetheilt worden sei. . . .

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 20. März 1880. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 45 S. 216 ff.

---

138. Pianofortefabrikant als Kaufmann im Sinne des HGB.

„Wenn schon in Betreff des Rechtsbegriffs „Fabrikant" in der Theo wie im practischen Leben (Thöl Handelsrecht Bd. 1 § 26. 2, vgl. mit § 8

mancherlei Schwankungen vorkommen und namentlich die Grenzlinien zwischen Handwerk und Fabrik mitunter sehr in einander laufen, so darf es doch als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, daß die gewerbliche Thätigkeit eines Pianofortefabrikanten

a) vorzugsweise in der Herstellung von Pianofortes verschiedener Art (Pianinos, Pianofortes in Flügel- oder Tafelform) und deren Verkauf, also in der gewerbsmäßigen Anschaffung und Verarbeitung der zum Bau solcher Musikinstrumente erforderlichen Waaren (Rohstoffe und Fabrikate), und nur nebenbei auch wohl

b) in der Reparatur schadhafter Instrumente solcher Art, sowie

c) in dem Handel mit nicht selbst producirten Instrumenten — welches Letztere indeß bei einigermaßen schwunghaftem eigenen Fabrikationsbetriebe aus naheliegenden Gründen nicht eben häufig vorkommen wird —

besteht. Von diesen drei möglichen und in Wirklichkeit zu a und b häufig combinirten Zweigen der Gewerbthätigkeit fällt augenscheinlich nur die zu b gedachte, nach den Regeln der locatio conductio operis zu beurtheilende unter Umständen (HGB. Art. 272 Z. 1) in die Kategorie des Handwerks, wogegen die zu a und c bemerkten alle charakteristischen Eigenschaften an sich tragen, die das HGB. in Art. 271 Z. 1 als Kriterien der eigentlichen Handelsgeschäfte (nach Thöl's Ausdruck im Handelsrecht § 34: Grundgeschäfte des Handelsgewerbes) aufstellt. Von Geschäften, die unter die Rubrik b zu classificiren sein könnten, ist im gegenwärtigen Rechtsstreit offensichtlich keine Rede; mithin bleibt nur die Alternative, ob die betreffenden Pianinos von dem W. selbst bzw. in dessen Etablissement construirt und verkauft, oder von ihm aus anderen Fabriken oder Handlungen bezogen und weiter verkauft sind. Im einen wie im andern Fall würden die bezüglichen Rechtsgeschäfte zufolge der im Art. 271 Z. 1 des HGB. gegebenen Definition unbedenklich als Handelsgeschäfte anzusprechen und unter Voraussetzung gewerbmäßigen Betriebs dem mit solcherlei Geschäften befaßten W. die Eigenschaft als Kaufmann im Sinn des HGB. nach Art. 4 (Entsch. des ROHG. Bd. 7 Nr. 62) selbst dann nicht zu versagen sein, wenn etwa der Geschäftsbetrieb desselben von nur geringem Umfang gewesen wäre. Allerdings kommen Fabrikanten vor, auf welche das Prädicat „Kaufmann" nach richtigem Sprachgebrauch keine Anwendung leidet, nämlich da, wo der Fabrikant ohne Kauf oder anderweite Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen die selbstproducirten Sachen gewerbmäßig be- oder verarbeitet und veräußert (so Ziegelfabrikation — Entsch. des ROHG. Bd. 9 S. 192). Anders beim Geschäft des Pianofortefabrikanten, der allbekanntlich, wenn er Instrumente bauen will, die dazu nöthigen Rohstoffe und Fabrikate, z. B. Hölzer, Eisen, Leder, Filz, Elfenbein, Saiten ꝛc., anzuschaffen hat. An dem Vorhandensein der nach Art. 4 erforderlichen Merkmale des gewerbmäßigen Betriebs zu zweifeln liegt aber, selbst

wenn man von der Qualification des W. als Fabrikant ganz absehen wollte, den Acten nach kein Grund vor, indem schon die von der Klägerin selbst angeführten Thatsachen, daß die betreffenden von ihr gekauften Instrumente mit Nummern versehen und von ihr aus den vorhandenen Vorräthen ausgesucht sind, die Annahme zu begründen wohl geeignet sind, daß der W. die Anfertigung und den Verkauf von Pianofortes gewerbmäßig, d. h. mit dem von vorn herein auf den Abschluß einer ganzen Reihe von Handelsgeschäften, die eine zusammengehörige Masse bilden, gerichteten Willen (v. Hahn Comm. zum HGB. 2. Aufl. zu Art. 4 § 5, oder nach Goldschmidt's Ausdruck (Handb. des Handelsr. § 43 Nr. 3 S. 334) „als dauernde Einnahmequelle derart, daß alle einzelnen Geschäfte als Theile eines gewollten größern, auf Erzielung eines Einkommens gerichteten Geschäftscomplexes erscheinen und durch dieses innere Band eines einheitlichen Gewerbswillens zusammengehalten werden", betrieben habe." ...

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 4. Juni 1880 i. S. Simeon w. Buhmann wegen Herausgabe. D.

---

139. Welches Rechtsgeschäft wird geschlossen, wenn bei der Gründung einer Actiengesellschaft die Einlagen von einzelnen Actionären nicht in baarem Gelde, sondern in andern Vermögensgegenständen gemacht werden? Liegt neben dem Gesellschaftsvertrage ein Kauf oder eine Hingabe an Zahlungsstatt vor?

Der nunmehr verstorbene K. war Eigenthümer des Quinter Hüttenwerkes. Durch Notariatsact vom 21. August 1874 hat er mit seinen Descendenten einen Vertrag abgeschlossen, folgenden Inhalts:

„Sie, die Comparenten, hätten sich entschlossen, eine Actiengesellschaft unter der Firma „Quinter Hütten-Eisenwerk" unter sich zu bilden, in welche K. alle näher beschriebenen zu dem sein Eigenthum seienden Hüttenwerk gehörigen Realitäten und Vermögensobjecte mit allen Activen und Passiven und jedes seiner hierbei erschienenen zwei Kinder aus seinem Activconto einen Geldbetrag von 40000 Thlrn. und die minorennen Enkel aus ihrem Activconto den Betrag von zusammen 40000 Thlrn. einbringen. An dieser Actiengesellschaft sei nach genauer Berechnung Herr K. (der Vater) zu $^{41}/_{44}$, jede der beiden Töchter zu $^{1}/_{44}$ und die Minorennen zusammen zu $^{1}/_{44}$ betheiligt."

Das nun folgende Statut besagt in

„§ 3. Die Gesellschaft, in welche K. folgende Objecte" (die Bestandtheile des Quinter Hüttenwerks mit allen Zubehörungen, Activis und Passivis, werden angeführt), „die Descendenten den Geldbetrag von 40000 Thlrn. einbrächten, bezwecke die Weiterführung und Ausdehnung jener Werke ꝛc.

§ 4. Das Grundcapital der Gesellschaft sei auf 1760000 Thlr. festgesetzt und in 880 Actien, jede Actie im Werth von 2000 Thlrn, zerlegt. Der Werth der erwähnten Einlage des K. sei abzüglich der damit verbundenen Passiva auf die

Summe von 1640000 Thlrn. festgesetzt, und würden ihm hierfür 820 Actien, jedem seiner zwei Kinder für ihre Einlagen von je 40000 Thlrn. 20 Actien und den Minorennen zusammen 20 Actien gewährt."

Es ist mit dem Fiscus ein Streit über die Höhe des für die Acte zu berechnenden Stempels entstanden. Bei Entscheidung desselben führte der Appell.-Richter in Betreff der rechtlichen Natur des abgeschlossenen Vertrages Folgendes aus:

Es sei von dem Grundsatz auszugehen, daß die bei der Gründung einer Actiengesellschaft getroffene Vereinbarung: einzelne Contrahenten sollten auf das Grundcapital anzurechnende nicht in baarem Gelde bestehende Einlagen machen und dagegen mit einer dem festgesetzten Werth entsprechenden Anzahl Actien an der Gesellschaft betheiligt sein, als ein von dem Gesellschaftsvertrage verschiedenes Rechtsgeschäft anzusehen sei. Dieser Satz beruhe auf der Anschauung, daß nach der Natur und gesetzlichen Construction der Actiengesellschaft das Grundcapital derselben *nur* in Geld bestehe, daher jede in dem Gesellschaftsvertrage erfolgte Uebernahme von Actien an sich die Verpflichtung zur Baareinzahlung ihres Betrages begründe und es sich als eine besondere, der Bildung der Actiengesellschaft *fremde* Verabredung darstelle, wenn in einem einzelnen Fall an Stelle der Baareinlage die Leistung eines Aequivalents an die Gesellschaft stipulirt werde. Ein Gleiches müsse von einer Vereinbarung der vorliegenden Art gelten, die juristisch dahin aufzufassen sei, daß K. sich mit einer bestimmten Zahl von Actien betheilige unter der Bedingung, daß für den Betrag derselben die von ihm der Gesellschaft übereigneten Vermögensstücke als Zahlung angenommen würden. Eine solche Stipulation sei aber nach den Regeln über die Hingabe an Zahlungsstatt zu beurtheilen.

Gegen das Urtheil des Appell.-Gerichts ist von den Actionären Cassationsrecurs erhoben.

In der Entscheidung des Reichsgerichts wurde ausgeführt:

Das Einbringen von nicht in Geld bestehendem Vermögen in eine Actiengesellschaft dürfe nicht schon wegen der damit bewirkten Eigenthumsübertragung mit dem für Kauf oder Hingabe an Zahlungsstatt (Cabinetsordre vom 13. November 1828) festgesetzten Stempel besteuert werden, vielmehr sei zu prüfen, ob dieses Einbringen in die Gesellschaft und die Gewährung von Actien für den Werth desselben sich als ein vom Gesellschaftsvertrage verschiedenes Rechtsgeschäft darstelle und die civilrechtlichen Merkmale des Kaufs oder der Hingabe an Zahlungsstatt an sich trage. Nun gehe das angefochtene Urtheil bei seiner Feststellung, der Vertrag enthalte, obgleich darin eine Gesellschaft constituirt worden, außerdem noch alle Momente eines Kaufs oder einer Hingabe an Zahlungsstatt, von der Annahme aus, die rechtliche Natur und Construction einer Actiengesellschaft erforderten es, daß das Grundcapital derselben, mithin auch die Einlage, in Geld bestehe. Die

Richtigkeit dieser Feststellung sei mithin von der Richtigkeit der rechtlichen Voraussetzung, auf welcher sie beruhe, bedingt. Letztere sei aber rechtsirrthümlich.

Das HGB. verstehe nämlich sowohl bei der offenen Handelsgesellschaft wie bei der Commanditgesellschaft und bei der Commanditgesellschaft auf Actien unter „Einlage" oder „Vermögenseinlage" nicht nur die in baarem Gelde, sondern auch die in anderen Gegenständen gemachte Einlage (vgl. Art. 85, 91, 92, 95, 106, 108, 150, 161, 165, 171, 180, 181, 197), mithin biete die Sprachweise des Gesetzes keinen Anhalt dafür, die Bezeichnung „Einlage" im Art. 207 in einem engeren, auf Geldeinlage beschränkten Sinne aufzufassen, und zwar um so weniger, als, wie die Vergleichung dieses Artikels mit den Art. 85, 150 ergebe, der Schwerpunct nicht auf „Einlagen", sondern auf das negative Merkmal zu legen sei, daß bei keinem Gesellschafter persönliche Haftung stattfinde. Es müsse dem Bedürfniß des kaufmännischen Verkehrs und Rechnens entsprechend und in Rücksicht auf die Gewinn- und Verlustvertheilung bei allen Gesellschaftsarten eine Schätzung der nicht in baarem Gelde bestehenden Einlagen nach Geld, als dem allgemeinen Werthmaße, stattfinden. Daher könnten die Art. 207[a], 209 Ziff. 4, 209[a], 210 Ziff. 4, 216, 217, 219—223, 225[b] Ziff. 1, 239[a] Ziff. 1 u. 3, 248 um so weniger für die Behauptung angeführt werden, daß die Einlage in eine Actiengesellschaft nur in baarem Gelde bestehen dürfe, als man sonst aus einem Theil dieser und aus Art. 240 auch die, jedenfalls unstatthafte, Folgerung ziehen könnte, das Vermögen der Gesellschaft (Gesellschaftscapital) müsse fortdauernd in baarem Gelde erhalten bleiben.

Die entgegengesetzte Ansicht finde auch im Art. 180 und in dem diesem nachgebildeten Art. 209[b] des HGB. (Ges. v. 11. Juni 1870) und in der Entstehungsgeschichte beider ihre Widerlegung, indem sowohl die Motive zum preußischen Entwurf des HGB. (zu den Art. 159, 183), als auch die Berathungen in der Nürnberger Conferenz, wie endlich auch die Motive zur Novelle vom 11. Juni 1870 anerkennten, daß auch das nicht in baarem Gelde bestehende Einbringen gerade so als Einlage gelten solle, wie die Geldeinlage. Was insbesondere den Art. 209[b] betreffe, so sei die darin vorgeschriebene Schätzung keineswegs als ein rein civilrechtliches Gebot zu dem Zweck zu betrachten, die Einlage als Kaufobject zu kennzeichnen. Vielmehr beruhe jene Vorschrift vorzugsweise auf dem öffentlichen Interesse, Täuschungen der Actionäre zu verhüten, wie denn auch dem Werth der nicht in baarem Gelde bestehenden Einlage nicht ein Preis, sondern die Anzahl der Actien gegenübergestellt sei, welche für jene gewährt würden und welche den Umfang der Betheiligung bei der Gesellschaft darstellten. Der aus den übrigen Vorschriften des Art. 209[b] hergeleitete Einwand: derjenige, welcher eine nicht in baarem Gelde bestehende Einlage mache, contrahire nicht als Gesellschafter mit allen übrigen Gesellschaftern, sondern als Dritter mit der

Gesellschaft, verkenne, daß die Billigung des unter der (gesetzlichen) Bedingung der Genehmigung abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags in der Generalversammlung der Actionäre nicht den Abschluß eines neuen, gesonderten Vertrags der Actiengesellschaft mit dem Actionär darstelle, welcher die nicht in baarem Gelde bestehende Einlage geleistet habe, und beruhe überdies auf der nach dem Ausgeführten unrichtigen Unterstellung, die nicht in baarem Gelde geschehene Einlage entbehre des rechtlichen Charakters der Einlage, und sei eben deshalb ein besonderer Vertrag mit einem solchen Actionär erforderlich.

In allen den Fällen, wo der Betrieb einer bestimmten Anlage oder eines bestehenden Geschäfts den Anlaß zur Errichtung einer Actiengesellschaft gegeben habe, sei der Natur der Sache nach die Absicht bei Constituirung der Gesellschaft nicht sowohl auf das allseitige Zusammenschießen von Geld, als vielmehr auf das Einbringen eben dieser Anlage oder Geschäfts gerichtet, und zwar nicht für einen Preis, sondern für die in den Actien sich darstellende Betheiligung des Einbringenden an der Gesellschaft.

Uebrigens sei es unerheblich, ob thatsächlich oder auch im Sinn des Gesetzes die Einlage von Geld die Regel bilde, da, wenn die Einlage von anderen Gegenständen auch nur ausnahmsweise vorkäme oder gestattet wäre, sie immerhin den rechtlichen Charakter als Einlage behielte und daher in keinem Falle diese Festsetzung als ein neben dem Gesellschaftsvertrag bestehender, mit demselben nur in Verbindung gebrachter besonderer Vertrag, sondern immer eine derjenigen Abreden darstelle, welche in ihrer Gesammtheit den individuellen Gesellschaftsvertrag ausmachten.

Demnach verletze das angefochtene Urtheil, weil es einen Bestandtheil des einheitlichen Gesellschaftsvertrags loslöse und als besonderes Geschäft behandele, außer Bestimmungen der Stempelgesetzgebung die erwähnten Bestimmungen des HGB.

Urtheil des Reichsgerichts (vereinigte Civilsenate) v. 8. Juli 1880 in der preuß. Sache Krämer u. Consl. w. Provinzial-Steuerdirection zu Köln. Wck.

---

140. Handelsgeschäft ist nicht die Anschaffung von Rahmen ꝛc. für herzustellende Photographieen.

Vgl. Bd. 29 Nr. 259.

Ueber die Frage, ob die von einem Photographen gemachte Anschaffung von Rahmen, Goldleisten und Cartons, um sie zur Ausstattung von Photographieen zu benutzen, als Handelsgeschäft zu behandeln sei, sprechen sich oberstrichterliche Entscheidungsgründe folgendermaßen aus:

Es mag zugegeben werden, daß Rahmen, Goldleisten und Cartons nicht Mittel zur Erzeugung von Photographieen sind, sondern für bereits

fertige Abdrücke hiervon benutzt werden, mit welchen sie in Verbindung gebracht und in Verbindung mit welchen sie bei deren Verabfolgung an die Besteller belassen werden. Das angefochtene Urtheil hat übrigens sich nicht dahin ausgesprochen, daß Rahmen u. s. w. dazu dienen, Photographieen zu erzeugen, es hat jene vielmehr als Gegenstände bezeichnet, deren sich der Photograph als Hülfsmittel zum Gebrauch für seine Erzeugnisse und deren Vervielfältigung bedient. Es ist weiter davon ausgegangen, daß der Photograph sich mit der Anschaffung von Rahmen u. s. w. nicht befaßt um sie dereinst weiter zu veräußern, sondern seine Thätigkeit auf das Zustandebringen photographischer Erzeugnisse, wofür er seine Dienste verwerthet, richtet und sie nur zum Gebrauch für seine photographischen Erzeugnisse und deren Vervielfältigung als Hülfsmittel benutzt, welche nicht einmal zu einer selbständigen Werthberechnung gelangen, sondern nur bei Berechnung der Arbeit selbst nebenher in Anschlag kommen.

Nach dieser Auffassung der Sachlage hat das angegriffene Urtheil mit Recht die Anschaffungen von Rahmen, Goldleisten und Cartons durch den Photographen R. nicht als Handelsgeschäfte im Sinn des HGB. Art. 271 Nr. 1 aufgefaßt.

Mag nun auch die in Aussicht genommene Verwendung darin bestanden haben, Rahmen u. s. w. mit den photographischen Abdrücken in Verbindung zu bringen und sie in dieser Verbindung auch bei Verabfolgung der letzteren an die Besteller zu belassen, mag sohin auch bei der Anschaffung in das Auge gefaßt worden sein, sich ihrer in Verbindung mit den Photographieen, denen sie hinzugefügt worden sind, wieder zu entäußern, so hat dieses auf die Frage, ob in der Anschaffung ein Handelsgeschäft gelegen sei, keinen Einfluß. Die Absicht, sich der Rahmen u. s. w. zu entäußern, hat bei der Anschaffung jedenfalls nur eine untergeordnete Rolle gespielt; vorwiegend ist dabei immer die Absicht gewesen, das Angeschaffte als Hülfsmittel zum Gebrauch der Photographieen zu verwenden. Durch die ursprünglich beabsichtigte und später verwirklichte Verbindung der Rahmen u. s. w. mit den Photographieen sollten jene ihre frühere Selbständigkeit verlieren, zu diesen in ein Abhängigkeitsverhältniß treten und hiermit die Eigenschaft einer Nebensache zu den photographischen Erzeugnissen als der Hauptsache annehmen, welcher Zweck sofort durch die Verbindung von Rahmen u. s. w. mit den Photographieen erreicht wird. Hiernach aber hat Gegenstand der Veräußerung nicht mehr das ursprünglich Angeschaffte sein können, sondern als solchen stellen sich dar die Ergebnisse der Arbeit des Photographen, zu welchen Rahmen u. s. w. nur als Zuthat erscheinen.

Sonach fehlen hier die Voraussetzungen, unter denen fragliche Anschaffungen zu dem angeführten Zweck als Handelsgeschäfte im Sinn des Art. 271 Nr. 1 des HGB. aufgefaßt werden könnten:

vgl. Hahn Comm. z. HGB. §§ 13 u. 15 zu Art. 271 Nr. 1.

Wollte man aber auch in der Ueberweisung der mit Photographieen in Verbindung gebrachten Rahmen u. s. w. eine Weiterveräußerung der letzteren finden, so wäre doch damit auch nicht ein Handelsgeschäft im Sinn des Art. 273 des HGB. gegeben. Die Weiterveräußerung von zu diesem Zweck angeschafften beweglichen Sachen ist nämlich nach Art. 273 nicht an sich ein Handelsgeschäft, sondern sie ist es nur unter gewissen Voraussetzungen, wenn sie von einem Kaufmann bewerkstelligt wird. Ihre Vornahme ist daher nicht geeignet, die Eigenschaft eines Kaufmanns zu begründen.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 2. März 1880. Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 45 S. 198.

---

141. Vertragsschluß unter Abwesenden; die Bestimmung des Art. 319 Abs. 1 des HGB. ist unanwendbar, wenn der Antragende eine Antwort nicht erwartet.

Der in Pommern wohnende Beklagte bestellte durch Postkarte vom 2. Mai 1878 bei der in Staßfurt domicilirenden Klägerin die umgehende Sendung von 100 Ctr. guten Kainit, „Bezahlung nach Ihrer Bestimmung". Klägerin erhielt die Postkarte am Nachmittag des 4. Mai und sandte, da der 5. Mai auf einen Sonntag fiel, am 6. Mai die bestellte Waare ab; durch Brief vom 8. Mai zeigte sie dann bei Uebersendung der Factura dem Beklagten an, daß sie die Bestellung ausgeführt habe. Das Appell.-Gericht hielt den Vertrag für nicht zu Stande gekommen; es ging davon aus, daß Klägerin zufolge Art. 319 des HGB. dem Beklagten alsbald die Annahme des Antrags habe erklären müssen, daß dies noch am 4. Mai hätte geschehen können und daß dann Beklagter bis zum 7. Mai, alswann er die Erklärung würde empfangen haben, an seinen Antrag gebunden geblieben sein würde, daß dagegen die in der Absendung der Waare liegende stillschweigende Annahme des Antrages dem Beklagten erst nach dem 7. Mai, also zu spät, zur Kenntniß gekommen sei. Diese Ausführung wird vom Reichsgericht als ein Mißverständniß des Art. 319 des HGB. bezeichnet und dann fortgefahren:

„Der Art. 319 Abs. 1, wonach bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage der Antragende bis zu dem Zeitpunct gebunden bleibt, in welchem er bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf, bezieht sich sowohl nach seiner Fassung als nach dem Zusammenhang mit den nachfolgenden Art. 320—322 auf Fälle, in welchen der Antragende eine Antwort, d. h. eine Annahmeerklärung erwartet. In diesen Fällen entbindet stillschweigende Annahme durch Beginn der Erfüllung, also bei Bestellung von Waaren Absendung der Waare, nicht von der Annahmeerklärung. Die Vorschrift bezieht sich

aber nicht auf die im Geschäftsverkehr viel häufigeren Fälle, in denen die Effectuirung der Bestellung die Annahme sein soll und eine Erklärung nur dann erwartet wird, wenn der Bestellungsempfänger die Effectuirung ablehnt. In solchen Fällen bringt die Effectuirung der Bestellung als stillschweigende Annahme den Vertrag sofort zur Perfection:

Entsch. des ROHG. Bd. 14 S. 301, Bd. 18 S. 246; v. Hahn Comm. Bd. 2 zu Art. 319 § 13, zu Art. 320 § 4; Sohm in der Ztschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 17 S. 93—95, 106; Anschütz u. Völderndorff Comm. Bd. 3 S. 223 sub VII. (Abweichend: Thöl Handelsr. 6. Aufl. Bd. 1 S. 745 u. Not. 6 S. 749.)

Der Appell.-Richter hätte daher zunächst den Sinn der vorliegenden Bestellung nach dieser Richtung untersuchen müssen, nicht aber, wie geschehen, ohne die Feststellung, daß der Klägerin das Verlangen einer Annahmeerklärung erkennbar oder letztere nach der Lage des Falls erforderlich gewesen sei, den Art. 319 wie eine absolute Regel anwenden dürfen. . . .

In der Sache selbst erscheint der Anspruch der Klägerin begründet. . . . Denn die Bestellung ergiebt klar, daß der Beklagte eine Antwort (Annahmeerklärung) nicht erwartet hat; er hat die umgehende Absendung verlangt und damit ausgedrückt, daß die Absendung allein die Annahme der Offerte sein soll; eine Annahmeerklärung außerdem hat er so wenig erwartet, daß er sich im Bestellschreiben schon im Voraus der Bestimmung der Klägerin über die Zahlung unterwarf. Auf einen solchen Fall findet Art. 319 . . . keine Anwendung.

Der Vertrag ist daher durch die rechtzeitige Absendung der Waare zu Stande gekommen. Das Schreiben der Klägerin vom 8. Mai 1878 ist keine Annahmeerklärung, sondern das geschäftsübliche Avisschreiben über die erfolgte Absendung der Waare."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Hülfssen.) v. 22. Juni 1880 in einer preuß. Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 43 ff.

---

142. Erfüllungsort. Ablieferungsort.

Vgl. Bd. 25 Nr. 53; Bd. 32 Nr. 335.

Der Kaufmann R. in Wilhelmshaven hatte dem kaiserlichen Lootsencommando daselbst eine größere Anzahl Seetonnen zu liefern übernommen und seinerseits die Anfertigung und Anbringung der um die Tonnen zu legenden Eisenbeschläge einer Maschinenbau-Actiengesellschaft in Linden bei Hannover übertragen. Nachdem die Actiengesellschaft demgemäß verschiedene Eisenbeschläge hergestellt, um die von R. ihr dazu gelieferten Seetonnen gelegt und mit diesen sodann an R. nach Wilhelmshaven gesandt hatte, schickte sie ihm im Februar 1877 zwei fernere fertiggestellte Seetonnen und klagte hiernächst, da R. diese Lieferung wegen angeblich vertragswidriger

Beschaffenheit der Arbeit zur Disposition stellte, auf Zahlung des Preises für diese Beschläge und zugleich für einen dritten Beschlag, den sie ebenfalls auf Grund ihres Vertrags mit dem Beklagten R. hergestellt und um eine von demselben ihr zugesandte Tonne gelegt zu haben behauptete, indem sie bemerkte, diesen dritten Beschlag halte sie in ihrer Fabrik in Linden zur Verfügung des Beklagten. Beklagter weigerte auch die Zahlung für diesen dritten Beschlag, weil er dieselbe nicht eher schulde, als bis ihm die Klägerin den Beschlag zugesandt haben werde. Das Gericht 1. Instanz trat ihm hierin bei und wies die Forderung für diesen dritten Beschlag als zur Zeit unbegründet zurück, indem angenommen wurde, es sei zwar Linden, der Ort der klägerischen Handelsniederlassung, als Erfüllungsort für die Klägerin zu betrachten, da dieselbe aber gewußt habe, daß die zu bearbeitenden Seetonnen für das Lootsencommando in Wilhelmshaven bestimmt gewesen, und da die Tonnen dorthin hätten gesandt werden sollen, so habe Wilhelmshaven als Ablieferungsort in dem Sinne zu gelten, daß Klägerin ihren Verpflichtungen erst dann genügt haben würde, wenn sie alles zu dem Transport nach Wilhelmshaven Erforderliche gethan hätte, und daß Beklagter erst dann zu zahlen schuldig gewesen sei, nachdem er in Wilhelmshaven Gelegenheit zur Prüfung der Vertragsmäßigkeit des Werkes erhalten habe.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung aus folgenden Gründen:

„Die erste Berufungsbeschwerde (der Klägerin) kann als erheblich nicht anerkannt werden. Obwohl nämlich Linden in Ermangelung besonderer abweichender Vereinbarungen als Erfüllungsort im Sinn des Art. 324 des HGB. im vorliegenden Fall anzusehen ist, so erscheint doch die Annahme des Gerichts 1. Instanz ohne Weiteres gerechtfertigt, daß der Wille beider Contrahenten beim Vertragsabschluß darauf gerichtet gewesen, daß Klägerin die fragliche Seetonne nach Wilhelmshaven zu dirigiren und der Beklagte dieselbe an diesem der Klägerin bekannten Bestimmungsorte zu empfangen und zu untersuchen habe. Daraus, daß Linden als Erfüllungsort zu gelten hat, folgt in keiner Weise, daß der Beklagte die fragliche Seetonne aus der klägerischen Handelsniederlassung in Linden abzuholen und die Empfangbarkeit in Linden zu prüfen gehalten war (Thöl Handelsrecht 5. Aufl. Bd. 1 § 269). Unter Mitberücksichtigung der in den Art. 278 und 279 des HGB. aufgestellten allgemeinen Bestimmungen und Auslegungsgrundsätze darf von einer besonderen Beweisauflage für Beklagten, um den übereinstimmenden Contractswillen der Parteien in der hier fraglichen Beziehung näher zu ermitteln, um so unbedenklicher abgesehen werden, da Klägerin nicht nur die beiden andern Seetonnen, welche den Gegenstand des Processes ebenfalls bilden, nach Wilhelmshaven in der That gesandt hat, sondern auch die in den erstinstanzlichen Gegenanträgen enthaltene

Anführung, daß Klägerin bereits früherhin Seetonnen mit Beschlägen versehen und nach Wilhelmshaven gesandt habe, an und für sich nicht bestritten hat."

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 9. Juli 1880 i. S. der hannoverschen Maschinenbau-Actiengesellschaft, vormals Georg Egestorff, w. A. Röbbelen. W.

---

143. Nachforderung verlegten Zolls durch den Frachtführer*; Begründung dieses Anspruchs aus nützlicher Verwendung.

*Vgl. Bd. 12 Nr. 291; Bd. 24 Nr. 145; Bd. 28 Nr. 152; Bd. 32 Nr. 343; Bd. 33 Nr. 37.

An den Beklagten war eine Quantität Sprit per Eisenbahn von Ungarn gesandt. Die sächsische Staatseisenbahn hatte den Eingangszoll hierfür verlegt; es war indessen unterlassen, diese Auslage auf dem Frachtbrief aufzuführen. Nach dem Empfang der Waare wurde Beklagter von der Generaldirection der Bahn auf Erstattung des irrthümlicherweise von ihm nicht geforderten Eingangszolls belangt. Aus den Gründen:

„Die Ausführungen des 2. Richters ergeben, daß er sowohl eine directe Verpflichtung des Beklagten gegen die Klägerin, als auch nützliche Verwendung annimmt, gegründet darauf, daß Beklagter der Steuerverwaltung gegenüber zur Bezahlung der von der Klägerin gezahlten Eingangssteuer für den an den Beklagten abgelieferten Sprit verpflichtet gewesen sei. Beide Gründe sind mit Erfolg angegriffen.

Art. 409 des HGB. giebt dem Frachtführer wegen seiner Auslagen, einschließlich des Zolls, ein Pfandrecht an dem Frachtgut. Dies Pfandrecht wird nicht geltend gemacht; einen persönlichen Anspruch, soweit er nicht anderweit, namentlich durch Art. 406 a. a. O., gegeben ist, räumt Art. 409 dem Frachtführer gegen den Empfänger der Waare nicht ein, auch nicht der letzte Satz des Art. 412, welcher eben nur die schon anderweit bestehenden Rechte gegen den Empfänger bestehen läßt. Art. 406 läßt durch die Empfangnahme des Frachtguts mit dem Frachtbrief eine persönliche Verpflichtung des Empfängers gegen den Frachtführer entstehen, jedoch nur auf Zahlung nach Maßgabe des Frachtbriefs. Daß der nicht vorgelegte Frachtbrief im vorliegenden Fall eine Bemerkung über den Eingangszoll enthalten hätte, ist nicht behauptet oder festgestellt.

Es ist in früheren Fällen streitig gewesen, ob, wenn die tarifmäßige Fracht im Frachtbrief unrichtig berechnet war, die richtig berechnete Fracht von dem Empfänger des Frachtguts nachgefordert werden könne, und ob, bei falscher Declaration des Frachtguts, der Empfänger verpflichtet sei, nachträglich die dadurch verwirkte Conventionalstrafe nachzuzahlen. Beides ist vom ROHG. zum Nachtheil des Empfängers entschieden (vgl. Entsch.

des ROHG. Bd. 21 S. 181 u. S. 185[1]), jedoch nur deshalb, weil die Bestimmungen, nach welchen jene Zahlungen zu leisten waren, als im Frachtbrief angezogen erachtet wurden. Der 2. Richter bezieht sich für den persönlichen Anspruch gegen den Empfänger noch auf § 53 des Eisenbahnbetriebsreglements vom 11. Mai 1874, wonach unrichtige Anwendungen des Tarifs sowie Fehler bei der Gebührenberechnung weder der Eisenbahn noch dem zur Zahlung Verpflichteten zum Nachtheil gereichen sollen; dieser Paragraph spricht aber nach seiner Ueberschrift nur von Zahlung der Fracht, also nicht von Zollzahlungen.

Der erhobene Vorwurf der Verletzung der Art. 406, 409 des HGB. dadurch, daß der 2. Richter den Empfänger des Frachtguts darnach zur nachträglichen Erstattung der Eingangssteuer an den Frachtführer für persönlich verpflichtet erachtet, ohne daß eine Bestimmung des Frachtbriefs darüber festgestellt ist, muß hiernach für begründet erachtet werden.

Den Anspruch aus nützlicher Verwendung erachtet der 2. Richter deshalb für begründet, weil der Beklagte Eigenthümer des Frachtguts wenigstens durch die Annahme desselben geworden und als solcher den darauf ruhenden Zoll zu tragen habe. Dadurch hat er, wie ihm die Nichtigkeitsbeschwerde mit Recht vorwirft, den § 13 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 verletzt, wonach zur Entrichtung des Zolls dem Staate gegenüber derjenige verpflichtet ist, welcher zur Zeit, wo der Zoll zu entrichten, Inhaber (natürlicher Besitzer) des zollpflichtigen Gegenstandes ist. Es kommt daher nicht darauf an, wer zu der fraglichen Zeit Eigenthümer, sondern wer damals Inhaber des Frachtguts gewesen ist. Der 2. Richter stellt aber nicht fest, es ist auch nicht behauptet, daß zur Zeit, als der Sprit zu verzollen war, bei dessen Einführung in Deutschland, der Beklagte dessen Inhaber war. Hiernach ist die Nichtigkeitsbeschwerde begründet.

In der Sache selbst ist die Klage aus nützlicher Verwendung erhoben. Es ist erwiesen, daß die Güterverwaltung der Dresden-Leipziger Eisenbahn den Zoll für den von Rechtnitz an den Beklagten gesandten Sprit mit 149 ℳ. 20 ₰ am 8. December 1876 als Frachtführerin hat zahlen müssen. Streitig ist nur, ob der Beklagte dem Absender gegenüber zur Zahlung des Zolls verpflichtet war. Dies muß für erwiesen erachtet werden" (was näher begründet wird). „Die Zahlung dieses Zolls durch die Güterverwaltung der Dresden-Leipziger Eisenbahn begründet daher für die Klägerin einen Anspruch aus der nützlichen Verwendung."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 10. Novbr. 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Generaldirection der sächsischen Staatseisenbahn w. Falk. Wck.

[1]) Archiv Bd. 32 Nr. 343 u. 344.

144. Ist die im Eisenbahnbetriebsreglement vorgeschriebene Abstempelung des Frachtbriefs für den Abschluß des Frachtvertrages wesentlich?

Die auf vollen Schadensersatz für durch Brand verloren gegangenes Frachtgut auf Grund des Art. 1384 des Code civil in Anspruch genommene Eisenbahngesellschaft berief sich darauf, daß sie nach den Frachtverträgen nur bis zur Höhe des Normalsatzes von 60 M. für 50 Kilogramm entschädigungspflichtig sei. Dagegen suchte die Klägerin aus den §§ 49 und 50 des Eisenbahnbetriebsreglements vom 11. Mai 1874 abzuleiten, daß wegen der nicht stattgehabten Aufdrückung des Expeditionsstempels auf den Frachtbriefen ein Frachtvertrag überall noch nicht zu Stande gekommen sei. Höchstrichterlich wurde ausgesprochen:

„Nach Art. 395 des HGB. haftet der Frachtführer für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist; diese Verpflichtung kann nach Art. 423 des HGB. durch das Eisenbahnbetriebsreglement nicht zum Voraus ausgeschlossen und nur in der durch die folgenden Artikel zugelassenen Weise, mithin gemäß Art. 427 Nr. 1 durch Verabredung eines Normalsatzes, beschränkt werden. Indem das Eisenbahnbetriebsregl. v. 11. Mai 1874 in § 49 bestimmt, daß der Frachtvertrag durch die Ausstellung des Frachtbriefs seitens des Absenders und durch die zum Zeichen der Annahme erfolgende Aufdrückung des Expeditionsstempels geschlossen werde, sollte der für den Beginn der Lieferfristen und der Haftpflicht entscheidende Zeitpunct des Vertragsabschlusses und der Empfangnahme des Frachtguts in einer äußerlich scharf hervortretenden Form bezeichnet werden. Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß in einem einzelnen Fall der Beweis über einen früheren Abschluß des Frachtvertrags in anderer Weise geführt werde. Im vorliegenden Fall hat nun das OLG. den Consens der Contrahenten über Inhalt und Bedingungen des Frachtvertrags dahin festgestellt, daß die Absender der Waaren, indem sie solche mit einem auf dem Reglement fußenden Frachtbrief der Bahn übergaben, ohne einen höheren Werth zu declariren, sich dem durch das Reglement bestimmten Normalsatz im Fall der Entschädigung unterworfen hätten, und daß gleichmäßig die Bahnverwaltung durch die Aufnahme des Frachtguts jenes Anerbieten angenommen habe. Dabei geht das OLG. von der Ansicht aus, daß, da die Contrahenten den Vertragsabschluß und die Empfangnahme der Waaren auf einen früheren Zeitpunct als die Abstempelung der Frachtbriefe verlegt hätten und somit die gesetzliche Haftpflicht der Eisenbahn aus Art. 395 des HGB. mit diesem Zeitpunct begonnen habe, auch die Vereinbarung des Normalsatzes als das Correlat dieser erhöhten Haftpflicht nach § 6 Abs. 2 und § 68 des Betriebsreglements mit demselben Zeitpunct wirksam geworden sei. Bei diesen Ausführungen sind die Bestimmungen des HGB.

über den Frachtvertrag richtig angewandt. Anders läge der Fall, wenn eine vorläufige Annahme der Güter gegen Empfangsbescheinigung im Sinn von § 55 des Reglements stattgefunden hätte, weil es sich dann fragen würde, ob nicht etwa ein selbständiges, dem Frachtvertrage vorhergehendes Aufbewahrungsgeschäft angenommen werden müßte; das OLG. hat aber nicht eine solche vorläufige Annahme, sondern den Abschluß des Frachtvertrages selbst mit der Maßgabe festgestellt, daß der Transport nicht sofort begonnen habe, was für die Beurtheilung der Haftpflicht ohne Einfluß ist." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 9. Juli 1880. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 57.

---

145. Welche Bedeutung hat das von einem Anderen als dem Schiffer ausgestellte Connossement?

Kläger fordern Zahlung für eine den Beklagten gelieferte Parthie Steinnüsse nach dem Preise der November-Verschiffungen. In der Schlußnote, worin die Preise je für die November- und December-Verschiffungen verschieden normirt werden, ist bei Nennung der verschiedenen Verschiffungszeiten hinzugefügt: „laut Connossementsdatum", und Kläger begründen nun ihren Anspruch auf den Novemberpreis durch Vorlegung eines für das Dampfschiff „Allemannia" Cpt. A. ausgestellten, jedoch nicht mit dem Namen des Schiffers, sondern mit „J. R. Meincke, Purser" unterzeichneten Connossements vom 29. November 1878. Die Beklagten bestreiten dieser Urkunde die Eigenschaft eines Connossements und behaupten, daß die Abladung erst im December stattgefunden habe. Höchstrichterlich wurde ausgesprochen:

„Ob überhaupt nach dem geltenden deutschen Seerecht zur Form des Connossements gerade eine Unterschrift gehört, konnte nach Lage des Falls dahingestellt bleiben, da es an einer solchen hier ja nicht fehlen würde; andrerseits bedurfte jedenfalls die Frage der Entscheidung, ob es für den Begriff des Connossements wesentlich sei, daß gerade der Schiffer als Aussteller desselben erscheine. Wenn sich die Beklagten für die Bejahung dieser Frage auf Art. 644 Abs. 1 des HGB. berufen haben, so trifft das nicht zu, weil hier nur das Recht des Abladers festgestellt ist, nach Beendigung der betreffenden Abladung von dem Schiffer die Ausstellung des Connossements zu fordern. Unentschieden kann hier wiederum die Frage bleiben, ob die Worte „hat auszustellen" dabei streng wörtlich zu nehmen sind, so daß der Schiffer verpflichtet wäre, alle Connossemente selbst zu schreiben bzw. zu unterschreiben, oder ob er seiner Verbindlichkeit auch dadurch genügt, daß er dem Ablader ein von irgend einem anderen, als solchen nachzuweisenden Vertreter des Rheders („des Schiffes") vollzogenes Con-

nossement verschafft; denn keinenfalls ist aus dem Art. 644 zu entnehmen, daß ein von einer anderen Person für das Schiff ausgestelltes Connossement ungültig, überhaupt kein Connossement wäre. Nach den Gewohnheiten des heutigen Seeverkehrs aber ist freilich regelmäßiger Aussteller des Connossements der Schiffer; ausnahmsweise jedoch wird auf Grund besonderer Verhältnisse das Connossement auch, statt von ihm, von einem Andern ausgestellt oder unterzeichnet:

Hamburger Protocolle S. 2194 u. 2211 ff.; Neues Archiv f. Handelsrecht Bd. 2 S. 96 ff.; Voigt jun. daselbst S. 460 ff.; Goldschmidt Handelsrecht Bd 1 Abth. 2 S. 670 ff.; Lewis deutsches Seerecht Bd. 1 S. 291 ff.; Entsch. des ROHG. Bd. 14 S. 337 ff.

Mag auch nach deutschem Seerecht ein gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Vertreter neben dem Schiffer zu diesem Zweck nicht vorhanden sein, so kann doch auf Grund der allgemeinen Principien über Vollmachten mit Rücksicht auf besondere thatsächliche Vorgänge, wie veröffentlichte Reglements u. dgl., auch irgend ein Anderer, und so u. A. auch der in der vorliegenden Sache in Frage kommende purser oder Zahlmeister des Schiffs, möglicherweise den Rheder, bzw. nach Art. 478 u. 479 des HGB. auch den Schiffer, durch Ausstellung von Connossementen obligiren. Käme es im einzelnen Fall auf die Feststellung an, ob dies wirklich der Fall sei, so müßte selbstverständlich der Beweis jener erheblichen thatsächlichen Vorgänge erbracht werden. Allein auch hiervon kann in der gegenwärtigen Sache den Beklagten gegenüber nicht einmal die Rede sein. Ihnen sollte nur das Connossement über die betreffende Abladung zum Zweck der Nachweisung des Datums vorgelegt werden; es muß also einmal wirklich der Form nach ein Connossement, und sodann dasjenige Connossement sein, das über die fragliche Abladung für das Schiff ausgestellt ist; ob dasselbe in einer den Rheder, bzw. den Schiffer, verbindenden Weise ausgestellt ist, das ist hierbei gleichgültig. Daß aber die vorliegende Urkunde, falls sie überhaupt der Form nach ein Connossement sein sollte, dann das über die fragliche Abladung ausgestellte sei, haben die Beklagten garnicht bestritten. Sie sind durchaus im Irrthum, wenn sie meinen, die Rhederei möge vielleicht nach den Umständen des Falls durch das Connossement obligirt sein, ihnen als Dritten gegenüber könne das aber nicht in Betracht kommen. Vielmehr liegt die Sache umgekehrt so, daß die Beklagten nach dem Sinn der fraglichen Schlußnotenclausel ebensowenig Grund haben, den Nachweis der Vertretungsbefugniß des Ausstellers, wie den der Echtheit der Unterschrift zu verlangen. Anders möchte es sein, wenn das Connossement ihnen gegenüber nicht bloß zum Nachweise der Zeit der Abladung dienen sollte, sondern zu einem Zweck, für welchen es auf die wirkliche Haftung des Rheders bzw. des Schiffers practisch ankäme, z. B. als Sicherheit für eine von ihnen zu acceptirende Tratte. Hieraus erklären

ich die von den Beklagten angeführten Entſcheidungen des hamburgiſchen Obergerichts und des OAG. zu Lübeck, welche im Neuen Archiv für Handelsrecht Bd. 2 S. 107 u. 109 ff. mitgetheilt ſind." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 9. Octbr. 1880 in einer hamburger Sache. Entſch. des RG. Bd. 2 S. 128 ff.

---

146. Ein vor dem Proteſte ausgeſtelltes Blancoindoſſament kann zur Legitimation für Jemanden, welcher den Wechſel nach Verfall erworben hat, nicht benutzt werden.

Vgl. Bd. 30 Nr. 270 mit Nachw.; Bd. 34 Nr. 63.

Der proteſtirte Wechſel, aus welchem der Kläger im Wechſelproceß gegen den Beklagten als Acceptanten klagt, weiſt nirgends den Kläger als einen ſelbſt im Wechſelverbande Stehenden nach. Derſelbe ſtützt vielmehr ſeine Legitimation lediglich darauf, daß einer Reihe von Vollindoſſamenten, deren letztes auf den Proteſterheber lautet und hinter welchen ſich Nachverfallsindoſſamente überhaupt nicht befinden, zwei Blancoindoſſamente, das erſte das des Ausſtellers des an eigene Ordre gezogenen Wechſels, vorausgehen.

Der 2. Richter hat den Kläger für legitimirt erachtet, von der allerdings in Rechtswiſſenſchaft und Praxis überwiegend herrſchenden Anſicht aus, daß die Legitimation eines Wechſelerwerbers nach Verfall und Proteſt auch durch ein vor Verfall ertheiltes Blancoindoſſament hergeſtellt werden könne. Dieſer Anſicht, deren Prüfung der in der Nichtigkeitsbeſchwerde erhobene Angriff einer Verletzung des Art. 16 der WO. erforderlich machte, konnte nicht beigetreten werden.

Ein Lauf des Wechſels nach Verfall und Proteſt kann ſeinen Ausgangspunct von der Perſon des Inhabers zur Zeit des Proteſtes oder eines Vorindoſſanten, auf den der Wechſel im Rücklaufe zurückgelangt, nehmen. Geſtattet man, ſtatt für den Beginn eines Nachverfalllaufes ein Indoſſament eines der bisherigen Wechſelverbundenen zu fordern, eine Legitimation eines Nachverfallinhabers durch ein Vorblancoindoſſament, ſo iſt aus Wechſel und Proteſt nicht zu erſehen, welcher der Wechſelverbundenen bis zum Verfall der wirkliche erſte Urheber des betreffenden Nacherwerbs iſt, ob der Proteſtant, ob ein dem Blancoindoſſament nachfolgender Vorindoſſant, ob der Blancoindoſſant ſelbſt. Jeder dieſer Wechſelverbundenen und ihrer Rechtsnachfolger kann es ſein, der ſich gedachten Mittels zu einer Begebung bedient hat. Auch wenn man annehmen wollte, daß, während bei den beiden erſten Erwerbshergängen die Indoſſamente bis zu einem Blancoindoſſament hinauf geſtrichen werden müßten, dies im letzten Falle unterlaſſen werden könne, ſo wäre doch auch im letzten Falle die Durchſtreichung nicht gehindert.

Nun liegt der Einwurf nahe, für die Legitimation sei der wirkliche Hergang des Wechselerwerbs gleichgültig. Die Benutzbarkeit eines Vorblancoindossaments für den Nachverfallserwerb wird auch gerade darauf gestützt, daß Art. 16 das Indossament als Uebertragungsform für den Wechsellauf nach Verfall ausdrücklich statuire und nur die materiellen Wirkungen desselben im Gegensatz zu den Wirkungen eines Indossaments vor Verfall einschränke, daß daher in Bezug auf die Uebertragungsform, bzw. Legitimation, beim Mangel besonderer Ausnahmebestimmungen alle Grundsätze der WO. über die Legitimation durch Indossament anwendbar seien, insbesondere auch die in den Art. 13, 36 enthaltenen, wonach jeder legitimirte Indossatar, statt neuer Indossirung, den Wechsel mittels Durchstreichung des ihm ertheilten Indossaments und aller Indossamente bis zurück auf ein vorhandenes Blancogiro wirksam begeben kann, da ausgestrichene Indossamente nicht gelesen werden. Allein diese Auffassung wird der Bedeutung des Nachverfallserwerbs und der Tragweite des Art. 16 nicht gerecht.

Beim Lauf des Wechsels bis zum Verfall begründet das Accept wie jedes Indossament selbständige Rechte in der Person jedes legitimirten Indossatars. Die Entstehung des Gläubigerrechts wird daher lediglich durch die Legitimation vermittelt. Die Indossamente wirken neben ihrer Bedeutung als Verpflichtungserklärungen nur als fortlaufende Legitimationszeichen, nicht als Rechtsvorgängerschaften. Nur die Ausübung des Gläubigerrechts kann wegen besonderer Abmachungen zwischen dem legitimirten Inhaber und dem Beanspruchten oder, weil die Geltendmachung wider Treu und Glauben, durch den Einwand des besonderen Abkommens oder der Arglist verhindert werden. Diesem Rechtsverhältniß entspricht die wiederholte Begebbarkeit unter dem Schutz eines Blancoindossaments mittels Durchstreichung der daran gereihten Indossamente. Wo nur das Princip der Legitimation herrscht, rechtlich eine Rechtsvorgängerschaft, die übertragen würde, garnicht existirt, kann auch von einer Verhehlung einer solchen nicht gesprochen werden. Mit Verfall und Protest erlischt aber die Bestimmung des Wechsels, in der Person seiner Nehmer selbständige Rechte zu erzeugen. Allerdings ist auch alsdann noch eine weitere Circulation durch Indossirungen zulässig. Aber diesem neuen Wechsellauf gegenüber, der nach Verfall und Protest anhebt, wird nicht etwa bloß der Kreis der einwandsfähigen Thatsachen erweitert, sondern es hat derselbe insofern einen durchaus verschiedenen Charakter, als er nur noch die in Personen, welche bis zum Verfall im Wechselverbande standen, begründeten Rechte weiter zu übertragen vermag und gegen die Uebertragenden selbst keine Wechselrechte begründet werden. Die wirkliche Urheberschaft des betreffenden Nachverfalllaufs ist also hier von entscheidender rechtlicher Bedeutung. Von welcher wechselverbundenen Person die Rechte abgeleitet werden tritt klar hervor, wenn man zur

Ueberleitung in die Circulation nach Verfall ein neues Indossament eines bisherigen Wechselverbundenen erfordert. Es wird verhehlt, wenn man hierzu ein Vorblancoindossament für benutzbar erachtet.

Sieht man für den Inhalt des zu erhebenden Anspruchs doch die wahre Urheberschaft des betreffenden Erwerbs als maßgebend an, so ist überhaupt zu keinen Ergebnissen zu gelangen, bei welchen die von den Vertheidigern jener Verwendbarkeit des Vorblancogiros aus einander gehaltene Legitimation und Urheberschaft neben einander zur richtigen Geltung kämen. Entweder ist man genöthigt, wegen der vorhandenen Legitimation des Klägers es dem Beklagten aufzubürden, den wirklichen Erwerbshergängen nachzuspüren und sie zu beweisen, um die Unbegründetheit des Anspruchs darthun zu können. Damit wird dem Beklagten die Ermittlung und Nachweisung des Klagefundaments auferlegt, um gegen dieses seine Einwendungen richten zu können; denn wenn nach Art. 16 der Nachverfallserwerber nur die Rechte seines Indossanten geltend machen kann und bei Benutzung des Vorblancogiros aus dem Wechsel nicht constirt, wer der Indossant im Sinn jenes Artikels ist, so gehört dessen Angabe zur Klagebegründung. Oder man verlangt behufs Wahrung des Einrederechts des Beklagten vom Kläger noch trotz seiner angeblichen Legitimation die Angabe, von welchem Wechselverbundenen bis zum Verfall bzw. Protest er seine Rechte herleite. Alsdann ist also trotz der angeblichen Legitimation der Anspruch durch den Wechsel allein doch noch nicht begründet. Die Consequenz solcher Angabepflicht ist aber auch die Pflicht zum Beweise, wenn dem Wechselinhaber die behauptete Autorschaft in einer Weise vom Beklagten bestritten wird, welche diesen Punct als erheblich für die Rechtslage des Letzteren erscheinen läßt. Damit fällt aber der ganze Anspruch aus dem Rahmen des Wechsel- bzw. Urkundenprocesses.

Noch schärfer treten die unzuträglichen Folgen des unrichtigen Princips hervor, wenn man den Anspruch des so legitimirten Nachverfallserwerbers gegen den Aussteller des fraglichen Blancogiros selbst in Betracht zieht. Hat der gedachte Erwerber den Wechsel vom Protestanten oder einem dem Blancogiro nachstehenden Vorindossanten erhalten, so ist das Blancogiro das alte Vorindossament und der Blancogirant ist dem Inhaber wechselmäßig verpflichtet. Hat der Inhaber den Wechsel vom Blancogiranten selbst erhalten, so wirkt das Blancogiro als neues Nachindossament und sein Aussteller haftet nicht wechselmäßig. Aus dem Wechsel ist daher nicht zu ersehen, ob der Blancogirant dem Inhaber wechselmäßig verpflichtet ist oder nicht. Von irgend einer auf die gedachte Legitimation sich stützenden Präsumtion für eine bestimmte Autorschaft kann aber nicht ausgegangen werden. Eine solche spricht weder für einen Erwerb vom Protestanten, noch für einen solchen von einem Vorindossanten nach dem Blancogiro, noch für einen vom Blancogiranten.

Die Annahme der Verwendbarkeit des Vorblancoindossament Legitimation des Nachverfallserwerbers drängt zu den Consequen für den Fall solcher Legitimation entweder die Vorschrift des Art. die Wirkungen des Indossaments nach Verfall ganz außer Anwe bleiben hätte, oder daß vermöge der Wahl der Interessenten, wel das Vorhandensein eines Blancogiros eröffnete, der Blancoindo derjenige, dessen Rechte übertragen würden, also als Autor d erwerbers nach Verfall, auch wenn er es thatsächlich nicht sei, zu hätte, so daß nur Einwendungen aus seiner Person der Nacherw gefallen zu lassen brauchte, während Einwendungen aus dem wahre verhältniß nur insoweit in Betracht kämen, als sie als Einwendun Arglist des Nacherwerbers qualificirt würden. Jede von beiden Con steht aber mit dem Art. 16 in Widerspruch und wird deshalb den Vertretern der gedachten Verwendbarkeit des Vorblancoindo überwiegend perhorrescirt.

Das Princip des Art. 16 über die Wirkungen des Wechsella Verfall gilt ausnahmslos, gleichviel ob dieser Lauf durch ein altes indossament vermittelt wird oder nicht. In der That wäre aber d des Art. 16 für alle Wechsel, welche ein Blancoindossament trag eitelt, wenn die zweitgedachte Consequenz anzunehmen wäre. (alsdann das Mittel gegeben, daß der Inhaber bei Verfall, trotz em Zahlung, trotz seinen Anspruch aufhebender Einwendungen, den durch einen gutgläubigen Nacherwerber wieder von Neuem gegen de tanten oder die Vorschuldner, die aus der Person des benutzten Bl indossanten keine Einwendungsgründe haben, geltend machte, oder zahlende Acceptant durch Veranlassung der Protestirung des Wech der Uebertragung desselben an einen Nachverfallserwerber mittels B solchen Blancogiros die Vormänner des Blancoindossanten zum Reml zwänge, also in Wahrheit das ganze natürliche Wechselzugsverhäl den Kopf stellte.

Die ganze ungesunde und unbefriedigende Casuistik wird bei Ane des Satzes vermieden, daß es zu jeder Einleitung einer Circulati Verfall eines neuen Indossaments seitens irgend Eines aus der gesa Reihe der bis zum Verfall Wechselverbundenen bedürfe, so daß de verfallserwerber legitimirt ist, dessen Legitimation nicht auf ein Indossament zurückführt. Alsdann ergiebt sich aus dem Wechsel mit S für jeden Nachverfallserwerb der wirkliche erste Urheber, da der von Indossirende ja den Wechsel zu seiner Verfügung gehabt haben muß Ersichtlichkeit bleibt dieselbe, auch wenn der Wechsel nach einander von verschiedenen Vorindossataren in Lauf nach Verfall gesetzt wi

Allerdings sind im Stadium des Laufs des Wechsels nach neue Blancoindossamente und Legitimationen durch solche mittels

streichung darauffolgender Indossamente nicht ausgeschlossen, wie ja auch das erforderte neue Indossament selbst ein Blancoindossament sein kann. Allein die für den Nachverfallserwerb entscheidenden Personen, deren Rechtsbeziehungen zu den Wechselschuldnern, wie sie sich fixirt haben, allein übertragen werden, bleiben immer diejenigen im Wechselverbande Stehenden, auf die als erste Wechselbegeber nach Verfall das Recht des Wechselklägers zurückzuführen ist. Deren Rechtsverhältniß zu den Wechselschuldnern ist es, das Art. 16 für allen Nacherwerb fixirt wissen will und das jeden Nacherwerb beherrschen soll. Der für die Bedeutung des Wechsels einschneidende Zeitpunct des Verfalls ist der naturgemäße Zeitpunct für die Lösung der Verbindlichkeit. Deshalb soll das in diesem Zeitpunct begründete materielle Rechtsverhältniß den Wechsel für alle Folgezeit beherrschen. Daß in Folge einer Fortcirculation nach Verfall durch verschiedene Hände sich noch neue individuelle Rechtsverhältnisse daran knüpfen können, ist von nur zufälliger Bedeutung, und es enthält weder einen Widerspruch noch eine ungerechtfertigte Ungleichheit der Lage der Wechselschuldner, wenn man Erkennbarkeit des für den Nacherwerb fundamentalen Verhältnisses aus dem Wechsel fordert, dagegen bei Einwendungen aus Rechtsbeziehungen, welche im Lauf der Fortcirculation nach Verfall der Wechselschuldner mit aus dem Wechsel nicht kenntlichen Nacherwerbern neu angeknüpft hat, vom Schuldner den Nachweis dieser Nacherwerbe fordert.

Für den legitimen Wechselverkehr erscheint aber auch der Behelf jener Verwendbarkeit des Vorblancoindossaments für den Nachverfallserwerb überflüssig. Das Bedürfniß, sich an einer Wechselcirculation ohne eigenes Hervortreten auf dem Wechsel zu betheiligen, hat nur für die Circulation bis zum Verfall Sinn. Das Indossament nach Verfall und Protest erzeugt keine wechselrechtlichen Verpflichtungen. Eine Haftung kann nur nach Maßgabe des unterliegenden civilrechtlichen Verhältnisses entstehen, und sie ist nach Maßgabe desselben für den wahren Autor vorhanden, gleichviel ob er seinen Namen auf dem Wechsel kundgegeben oder denselben, ohne dies zu thun, zum Gegenstand einer Abtretung gemacht hat. Ein Bedürfniß, die wahren Ueberleitungshergänge in dem Lauf des Wechsels nach Verfall zu verhehlen, kann als vorhanden oder des Schutzes bedürftig nicht anerkannt werden. Wohl aber gewährt solche Verhehlung für Uebervortheilungen der Wechselschuldner, Vertragsuntreue und Afteranwendung der dem Wechsel vor Verfall eigenthümlichen Wirkungen auf die eine ganz andere Bedeutung habende Circulation desselben nach Verfall den geeigneten Schlupfwinkel.

Diesen Erwägungen gegenüber würde es zur Annahme gedachter Verwendbarkeit eines kategorischen Ausspruchs des Gesetzes bedürfen. Aus der Zulassung einer Uebertragung des Wechselanspruchs nach Verfall in den Formen der Wechsellegitimation folgt durchaus noch nicht die Zulässigkeit dieser Uebertragung durch ein altes, vor Verfall ertheiltes und benutztes

Legitimationszeichen. Aber der Wortlaut des Geſetzes ſteht gedachter A gerade entgegen und ſtimmt mit den diesſeitigen Erwägungen übere

Der Art. 16 ſpricht lediglich von einer nach Verfall bzw. geſchehenen Indoſſirung. Das Geſetz nennt aber die bloße Ue eines Wechſels unter Benutzung eines früher ertheilten Blancoindoſ eines Andern nicht Indoſſirung. Es ſpricht bei ertheiltem Blancoindo nur von deſſen Ausfüllung ſeitens eines Inhabers oder von deſſen indoſſirung ohne Ausfüllung (Art. 13), das iſt der Ertheilung eine Indoſſaments ſeitens des Inhabers, der nach Art. 36 Abſ. 3 als E des Wechſels durch das Blancoindoſſament gilt. Dieſe Terminologi eng mit dem Begriff des Indoſſanten zuſammen. Wer nur ei Erwerber durch das Giro eines Anderen legitimirenden Wechſel r kann nicht Wechſelregreſſat werden. Eine Auffaſſung, welche un Indoſſanten des Art. 16 einmal den wechſelmäßigen Legitimanten und doch auch wieder den wirklichen Rechtsvorgänger, der garnicht hat, verſteht, ſagt ſich vollſtändig vom Text des Geſetzes los. I hat „das Indoſſament, vor welchem der Wechſel proteſtirt wor Abſ. 2 des Art. 16 keine andere Bedeutung als das „Indoſſiren, die Friſt zur Proteſterhebung abgelaufen“ in Abſ. 1 daſelbſt. Bei Falle würde die beliebige Benutzung eines Vorblancoindoſſamer dahin führen, daß entweder der Blancoindoſſant wider ſeinen trotzdem der Wechſel verfallen, im Regreß verbliebe, oder daß d des Geſetzes zuwider der neue Wechſellauf ohne Vorhandenſein ein Ziehers, bzw. Indoſſanten, anheben könnte.

Wollte man die Benutzung des Vorblancoindoſſaments mit den worten in dem ſpeciellen Falle für vereinbar halten, daß der Blanco ſelbſt den Wechſel im Regreßwege eingelöſt und behufs Erſparn neuen Giros unter Benutzung ſeines Blancogiros weiter gegeben iſt doch dieſer Fall nicht der einzig mögliche, der einer Benutz Blancogiros zu Grunde zu legen iſt, noch iſt aus dem Wechſel e ob gerade dieſer Fall vorliege. Daß ſeine fictive Unterſtellung dem widerſpricht, iſt ſchon oben ausgeführt worden. Ueberhaupt abe eine Legitimationsführung durch das Blancoindoſſament, welche de ſtellung jenes beſonderen Herganges benöthigt wäre, daran ſcheit das gedachte Blancogiro ſchon bei der Legitimationsprüfung des I des Wechſels mitgeleſen werden muß, um den Erwerb durch E anzunehmen und das vorausgehende, dem Blancogiranten erthei wieder in volle Kraft zu ſetzen, innerhalb eines und desſelben Legiti nachweiſes aber eine und dieſelbe Erklärung nicht zweimal, ein Begründung des geſchehenen Rücklaufes und noch einmal zur Beg eines neuen Vorwärtslaufes, geleſen werden kann. Indem das indoſſament ſchon einmal mitgeleſen iſt und dazu geführt hat, das

gehende Indossament als den eingelöst habenden Blancoindossanten legitimirend wieder in volle Würden zu setzen, verschwindet es und gilt rechtlich als nicht mehr vorhanden, worauf ja auch die Auffassung beruht, daß es nicht erst ausgestrichen zu werden braucht. Es gilt als gestrichen und kann daher nicht noch einen neuen Weitererwerb vermitteln. In der That widerspräche es auch, um auf den Fall des Abs. 1 des Art. 16 noch einmal zurückzukommen, dem im Wesen der Wechselverpflichtung begründeten Erforderniß ihres bestimmten und sicheren Hervorgehens aus der Scriptur, wenn, je nachdem das alte Blancoindossament vom Blancoindossanten selbst oder von einem Anderen nochmals benutzt worden, dasselbe eine neue wechselmäßige Verpflichtung oder nur die alte verfallene und erloschene darstellte. Es bedarf daher auch im Fall der Wiederbegebung des im Regreßwege eingelösten Wechsels seitens des Blancoindossanten eines neuen Indossaments. Demnach schließt das „Indossiren nach Verfall, bzw. Protest" die Benutzung eines Vorblancoindossaments aus. Es ist nicht zuzugeben, daß das Pressen des Wortlauts des Gesetzes zu der Consequenz nöthige, auch die Benutzung von Nachblancoindossamenten im Verlauf der Wechselcirculation nach Verfall für unstatthaft zu erklären. Der Gesetzestext besagt, daß die Legitimation für den Nachverfallserwerb nur durch ein neues Nachindossament eingeleitet werden kann. Dieser Wortlaut des Gesetzes, schon als solcher beachtlich, entspricht gerade dem im Hinblick auf die durch Art. 16 vorgeschriebenen materiellen Wirkungen allein gesunden, einfachen und klarer Consequenzen fähigen Princip.

Die Theorie hat, wenn sie auch überwiegend den hier verworfenen Grundsatz vertritt, irgendwie sichere Consequenzen desselben nicht zu ziehen vermocht. Nach Einigen soll solcher durch Benutzung des Vorblancoindossaments vermittelter Erwerb garnicht Nacherwerb, sondern Vorerwerb, nach Anderen zwar Nacherwerb sein, aber der Blancogirant immer als Vorindossant, nach Anderen wieder immer als Nachindossant gelten, nach wieder Anderen der wahre Autor in Betracht kommen und darnach der Blancogirant bald als Vorindossant, bald als Nachindossant zu erachten sein. Die Letzteren, welche auf die materiellen Wirkungen, die Art. 16 vorschreibt, am meisten Rücksicht nehmen, vermögen nicht zu sagen, im Sinne welchen wechselmäßigen Erwerbshergangs ein so gestellter Anspruch zunächst zu deuten ist. Der Fall, daß das Blancogiro das letzte Giro vor Verfall ist, bereitet ihnen die erheblichsten Verlegenheiten. Tritt der durch gedachtes Blancogiro legitimirte Inhaber zur Verfallzeit dadurch, daß ihn die Protesturkunde fixirt, in die Reihe der Wechselverbundenen — und es kann ja nicht zweifelhaft sein, daß dieser durch Protest nachgewiesene Inhaber weiter indossiren, bzw. Autor eines Nacherwerbs sein kann —, so ist hier ein Zwischenglied gegeben, welches die unmittelbare Verbindung zwischen dem Blancogiro und einem Nachverfallserwerb verhindert. Die

Annahme, das Blancogiro ſei durch die Inhaberſchaft bei Proteſterl nur materiell, aber nicht formell conſumirt, iſt willkürlich. Muſ überhaupt Wechſel und Proteſt zuſammenleſen, ſo muß man es a Bezug auf die Legitimation thun. Was aber für das Blancoindoſ gilt, wenn es als letztes Indoſſament vor Verfall ſteht, muß auch f vorher ſtehendes gelten. Die unmittelbare Verbindung zwiſchen ſ Blancoindoſſament und einem Nachverfallserwerb wird dadurch verhi daß, auch wenn alle dazwiſchen ſtehenden Indoſſamente auf dem P geſtrichen werden, die rechtliche Beziehung des letzten Indoſſatars bei P durch ſeine Proteſterhebung untilgbar fixirt bleibt. Die weſentliche Vo ſetzung für den Zuſammenhang zwiſchen dem Blancogiro und einem ſpi Indoſſament oder einer Inhaberſchaft beruht in dem Verſchwinden Zwiſchenglieder, die ſelbſt keinen ſolchen Anſchluß gewähren. Es e aber einen Widerſpruch, ein ſolches Zwiſchenglied als wirkend zu wie es ja geſchieht, indem dem weiteren Erwerb der Charakter eines Er nach Verfall und Proteſt aufgedrückt wird, und es doch bei der Legitim wieder als nicht vorhanden anzuſehen. Auf dieſem inneren Widerſ beruht der eigenthümliche Satz, daß das legitimirende Blancoindoſſa Vorindoſſament und doch der legitimirte Inhaber Nachindoſſatar ſei. D Gegenſatz weiſt ſchon auf die dazwiſchen ſtehende Wechſelverbandsp den Inhaber bei Verfall, hin, deren Vorhandenſein gerade die unmitte Beziehung des Blancoindoſſaments auf den Nachverfallserwerber hi

Die Judicatur weiſt in Ziehung der Conſequenzen aus dem bekämpften Grundſatze die gleiche Unſicherheit auf:

vgl. Martin in Voigt Archiv f. Handelsrecht Bd. 2 S. 381, 382, 414 ff.; Ri ebenda Bd. 3 S. 29 ff., 61 ff.; Hoffmann im Archiv f. Wechſelrecht Bd. 10 S. und Bd. 14 S. 235 ff., 238; Kuntze ebenda Bd. 11 S. 148 ff.; Grünhut W begebung nach Verfall S. 84 ff., 92, 105, 106; Hartmann Wechſelrecht S. vgl. ferner Entſch. des ROHG. Bd. 3 S. 217 und Bd. 15 S. 314 gegenüber B S. 38; Striethorſt Bd. 70 S. 365 gegenüber Bd. 46 S. 360 ff.; dann wi Entſch. des preuß. OTr. Bd. 56 S. 263; endlich OAG. Lübeck in Kierulff S. 126.

Endlich kann die Frage auch nicht verſchieden beantwortet werde nachdem es ſich um den Anſpruch auf die Wechſelſumme gegen den A tanten oder auf die Regreßſumme gegen die Indoſſanten und den mitverpflichteten Acceptanten handelt. Allerdings kann, da es für gedachten Anſpruch, wenn kein domicilirter Wechſel vorliegt, keines Pro bedarf, vom Kläger durch Unterdrückung des Proteſtes demſelben der E eines Anſpruchs auf Grund eines Erwerbs vor Verfall gegeben w Aber der Acceptant iſt in der Lage, den vollſtändigen wechſelmäßigen He aufzudecken und damit jenen Schein zu zerſtören. Daß aber der An auf die Wechſelſumme gegen den Acceptanten von der Vorſchrift des A über die Wirkungen des Nachverfallserwerbs nicht betroffen werde,

sich nicht behaupten. Vielmehr ist es gerade besonders das materielle Rechtsverhältniß des Acceptanten zum Wechselinhaber zur Zeit des Verfalls, dessen Fixirung und Maßgeblichkeit für einen weiteren Wechsellauf durch den Art. 16 hat festgesetzt werden sollen.

Urtheil des Reichsgerichts (vereinigte Civilsenate) v. 8. Juli 1880 in der preuß. Sache Ehring w. Koch. Wck.

---

147. Von welchem Zeitpunct an ist eine aus einem nicht vollständig ausgefüllten acceptirten Wechsel (Blancoaccept) herrührende Wechselforderung als begründet anzusehen?

Vgl. Bd. 33 Nr. 245 mit Nachw.[1]); Bd. 35 Nr. 73, 241.

„Der Appell.-Richter hat den Umstand, daß die Wechselaccepte noch nicht vollständig ausgefüllt gewesen, vielmehr noch wesentliche Erfordernisse eines Wechsels gefehlt hätten, für die Bestimmung des Zeitpuncts der Entstehung der Wechselforderung als unerheblich bezeichnet, weil die Wechselverbindlichkeit des Acceptanten schon durch die Acceptation des von dem Aussteller auf ihn gezogenen Wechsels entstehe. Allein einer solchen Annahme kann in der Allgemeinheit, wie sie hingestellt ist, und unter Berücksichtigung der Lage des gegenwärtigen Falls nicht beigetreten werden. Dieselbe beruht auf einer mangelnden Sonderung des durch den Wechselvorvertrag — den sog. Wechselschluß, pactum de cambiando — begründeten Rechtsverhältnisses von der Wechselobligation und den sich aus dieser ergebenden Rechten und Verbindlichkeiten. Das pactum de cambiando ist auf Herstellung einer Wechselobligation gerichtet. Der eine Theil verpflichtet sich, dem andern gegenüber eine Wechselverbindlichkeit einzugehen. Hierdurch wird das Recht auf Schaffung eines Wechselanspruchs begründet. Der Wechselanspruch selbst wird erst durch die Wechselobligation erzeugt, und diese entsteht, wenn ein Wechsel, also eine mit allen durch das Gesetz (Art. 4 bzw. 96 der d. WO.) als wesentlich bezeichneten Erfordernissen eines Wechsels versehene Urkunde, gegeben und genommen wird. Es wird daher der Acceptant, wenn er — wie dies hier geschehen ist — ein seine Namensunterschrift tragendes, aber sonst noch nicht vollständig ausgefülltes Wechselformular einem Andern ausfolgt, noch nicht wechselrechtlich verpflichtet. Vielmehr überträgt er durch die Ausfolgung des Formulars an den Nehmer — in Erfüllung des Wechselschlusses — nur das, allerdings unbedingte und unwiderrufliche Recht, das Formular, sei es der getroffenen Abrede gemäß oder in Ermangelung einer solchen nach den ihm ausdrücklich oder stillschweigend überlassenen Dispositionen, auszufüllen. Die Uebergabe des Formulars stellt sich als Ermächtigung zur

[1]) In dieser Nachw. ist statt Nr. 171 zu lesen: Nr. 271.

Herstellung einer Wechselobligation dar und bildet für deren Eingehung die Offerte. Macht der Nehmer von der Ermächtigung Gebrauch und füllt das Formular aus, so ist die Wechselobligation vollzogen und dadurch die Wechselverbindlichkeit begründet. Die Ausfüllung des Formulars ist die Annahme der Offerte; durch sie gelangt der auf Herstellung einer Obligation gerichtete beiderseitige Wille zum Ausdruck, und erst damit hat in Wirklichkeit das Geben und Nehmen eines Wechsels stattgefunden. — Bei der formalen Natur der Wechselobligation ist eine Wechselverbindlichkeit abgelöst von der Wechselurkunde — von dem Ersatz der letzteren durch Amortisation abgesehen — rechtlich nicht denkbar, und deshalb muß der obligatorische Wille durch den Wechsel zum Ausdruck kommen, welches Moment für die Bestimmung des Zeitpuncts der Entstehung der Wechselverbindlichkeit von entscheidender Bedeutung ist.

Entsch. des vormal. ROHG. Bd. 14 S. 57, 58 [1]), Bd. 21 S. 327 [2]), Bd. 25 S. 16 [3]); Seuffert Archiv Bd. 13 Nr. 274, Bd 16 Nr. 238; Sohm Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 17 S. 72, 93.

Hieraus folgt, daß von einem Zurückbeziehen der Wirkungen der vollzogenen Wechselobligation auf die Zeit des Wechselschlusses oder der auf Grund desselben geschehenen Ausfolgung des Blancoaccepts nicht die Rede sein kann. Eine gegentheilige Aufstellung hat auch bisher weder in der Praxis noch in der Doctrin eine hinreichend motivirte Vertretung gefunden, und wenn Thöl in seinem Wechselrecht, Aufl. 4 S. 158 § 34 Anm. 8, anscheinend für die Zurückbeziehung „als dem Willen der Betheiligten entsprechend" sich entscheidet, so fügt er doch gleichzeitig einschränkend hinzu, daß eine Zurückbeziehung nicht stattfände, wenn der ursprüngliche Wille zur Zeit der Ausfüllung des Blanketts nicht mehr bestimmend sein könne, z. B. der Geber des Accepts inzwischen die Wechselfähigkeit verloren habe. Aber gerade diese Einschränkung liefert den Beweis, daß rechtlich nur der Wille der Contrahenten zur Zeit der Ausfüllung des Blanketts, also der Herstellung der formalen Wechselobligation, in Betracht kommen kann." . . .

Erk. des Reichsgerichts (1. Hülfssen.) v. 1. Octbr. 1880 in der preuß. (landrechtl.) Sache Schönemann w. Tesmer. Wck.

---

148. Wer auf einem laufenden Wechsel zuerst als Indossatar und dann als Indossant geschrieben steht, ist trotz Besitzes des Wechsels nicht zur Geltendmachung der Rechte des Wechselinhabers befugt.

Vgl. Bd. 33 Nr. 328 mit Nachw. (Auch Bd. 35 Nr. 71.)

I. Derjenige, welcher nach dem gegenwärtigen Urkundsinhalte des laufenden Wechsels auf demselben zuerst als Indossatar, dann aber als

[1]) Archiv Bd. 30 Nr. 272. [2]) Archiv Bd. 33 Nr. 245. [3]) Archiv Bd. 35 Nr. 241.

Indossant geschrieben steht, erscheint (auch wenn er den Wechsel hat) laut Wechsel als nicht befugt zu gegenwärtiger Ausübung der Rechte des Wechselinhabers (Begebung, Begehrens der Wechselsummenzahlung von dem Wechselacceptanten gegen Präsentation dieses so beschaffenen Wechsels und folgeweisen Auftrags zur Protestlevirung mangels Zahlung dieses Wechsels).

Allerdings ist es an sich nicht unmöglich, daß eine solche Person, welche einen solchen Wechsel hat, nicht bloß durch dieses factische Haben sich thatsächlich in der Lage befindet, das von ihr auf dem laufenden Wechsel geschriebene Indossament auszustreichen, sondern daß sie auch rechtlich dazu befugt ist. Es kann z. B. der durch eine zusammenhängende Reihe von Giros legitimirte, den Wechsel besitzende Wechselinhaber lediglich in Erwartung einer möglicherweise sich findenden Gelegenheit zur Wechselbegebung sein Indossament auf den Wechsel geschrieben haben. Giebt er demnächst, während der Wechsel von ihm nicht begeben, sondern in seiner Hand verblieben ist, die Intention der Wechselbegebung auf, so ist er wohl befugt, sein Indossament auszustreichen. Er ist dann, wenn er diese Befugniß wirklich bethätigt, dieses Indossament wirklich ausstreicht, laut Wechsel zur Geltendmachung der Rechte aus dem laufenden, in seiner Hand befindlichen Wechsel legitimirt. Unterläßt er dagegen die Ausstreichung und verlangt, lediglich gegen Präsentation des so beschaffenen Wechsels, zu Verfall Zahlung von dem Wechselacceptanten, so ist der Acceptant nicht verpflichtet, auf eine solche Präsentation die Wechselsumme zu zahlen, weil der Wechsel selbst gegen das Recht des Präsentanten zu dem Zahlungsbegehren spricht. Es ist eine einfache Consequenz dieser Grundsätze, daß ein im Auftrage einer solchen Person, welche zur Zeit der Protestlevirung auf dem präsentirten Wechsel als Indossatar und demnächst als Indossant geschrieben steht, erhobener Protest mangels Zahlung ungültig ist. Durch den Besitz des derartigen Wechsels und derartigen Protestes kann weder ein Wechselregreßanspruch substantiirt, noch dürfen dadurch die entwickelten Grundsätze über die Legitimation desjenigen, welcher den Wechsel hat, gegen den Wechselacceptanten beeinflußt werden. . . .

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 5. Jan. 1880 in einer preuß. Sache. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 32.

II. Ebenso ist entschieden vom Reichsgericht (3. Sen.) in einem Urtheil v. 12. Novbr. 1880 i. S. Eichenberg w. Himberg. In diesem Erkenntniß heißt es ferner:

„Die Anwendbarkeit dieser Grundsätze kann auch nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß auf der Wechselurkunde zur Zeit der Protesterhebung im Auftrage der Klägerin ein Zahlungsvermerk des letzten Indossatars sich befand. Denn dadurch wurde in Verbindung mit dem Besitze des Wechsels, da auf dem Wechsel nach dem die Klägerin legitimirenden Blancoindossament

des K. zur Zeit der Protesterhebung ihr eigenes und mehrere andere Indossamente undurchstrichen standen, die Klägerin als Eigenthümerin des Wechsels nicht legitimirt; der Acceptant konnte aus dem so beschaffenen Wechsel nicht allein nicht ersehen, daß die Klägerin bei der Präsentation die berechtigte Eigenthümerin des Wechsels sei, sondern der Inhalt des Wechsels sprach gegen das Recht des Präsentanten. Dabei kann es für die hier nur zu entscheidende Frage nach der Legitimation der Klägerin zur Erhebung des zur Erhaltung des Wechselrechts auch dem Acceptanten gegenüber nothwendigen Protestes mangels Zahlung weder darauf ankommen, daß der Klägerin als Domiciliatin bekannt gewesen, daß der Acceptant den zur Zahlung erforderlichen Wechselbetrag nicht eingesandt, daß die Einlösung des Wechsels durch Zahlung vielmehr von ihr selbst geschehen sei, noch daß Beklagter zugestandenermaßen auch bis zur Klagerhebung die Zahlung der Wechselsumme nicht geleistet hat." St.

---

149. Zur Auslegung des § 107 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 (§ 120 Abs. 3 der Novelle vom 17. Juli 1878). — Haftet ein Gewerbeunternehmer ohne Weiteres, wenn er unterlassen hat dafür zu sorgen, daß die an sich zur Sicherung der Arbeiter genügenden Einrichtungen in einem speciellen Falle gehörig benutzt worden sind?

Vgl. Bd. 35 Nr. 160, 291 u. die folgende Nr.

Die Vorschrift des § 107 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 kann nicht dahin verstanden werden, daß der Gewerbeunternehmer zu allen überhaupt möglichen Sicherungsmaßregeln verpflichtet sei. Er hat vielmehr nur diejenigen Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche bei einem verständigen und vorsichtigen Betrieb nach der Beschaffenheit des besonderen Gewerbes und der Betriebsstätte zur Sicherung der Arbeiter als erforderlich anzusehen sind. Welche Einrichtungen hiernach im einzelnen Falle herzustellen ist eine thatsächliche Frage.

Anlangend den Vorwurf des Klägers (welcher die Beklagte für die Folgen seines Falls in die Gießgrube verantwortlich machen will), daß die Beklagte nicht für eine gehörige Beleuchtung der Gießgrube gesorgt habe, so geht der Appell.-Richter davon aus, daß die zur Zeit des Unfalls in dem fraglichen Fabrikraum vorhandenen 8 Gasbrenner zur gehörigen Beleuchtung desselben jedenfalls genügt haben würden, wenn sie sämmtlich gebrannt hätten. Er nimmt weiter an, daß es Sache des Klägers (als des mit der Leitung der betreffenden Arbeit betrauten Obergesellen) gewesen sei, zu veranlassen, daß selbige, soweit erforderlich, angezündet würden, und verneint deshalb, daß die Beklagte oder eine Person, für welche sie aufzukommen habe, die ungenügende Beleuchtung verschuldet habe. Die Nichtigkeitsbeschwerde sucht dagegen auszuführen, daß es nach der Vorschrift des § 107 nicht Sache des Klägers, sondern

der Beklagten oder desjenigen, welcher den Kläger in den Raum geschickt habe, gewesen sei, für die Beleuchtung zu sorgen. Diese Ausführungen der Nichtigkeitsbeschwerde geben dem erwähnten Paragraphen eine zu weite Ausdehnung. Der Paragraph lautet: „Jeder Gewerbeunternehmer ist verbunden, auf seine Kosten alle diejenigen Einrichtungen herzustellen, welche mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Gewerbebetriebs und der Betriebsstätte zur thunlichsten Sicherung der Arbeiter gegen Gefahr für Leben und Gesundheit nothwendig sind." Es ist hierin die Herstellung und Unterhaltung von Einrichtungen vorgeschrieben, die zur Sicherung der Arbeiter nothwendig sind. Dem Wortsinn nach kann hierunter nur die äußere Ausstattung der Betriebsstätte mit den erforderlichen Geräthschaften, Werkzeugen, Schutzvorrichtungen ꝛc., die Herstellung der zum Gewerbebetrieb nöthigen Räume in den erforderlichen Dimensionen, die gehörige Anordnung und Vertheilung der zum Gewerbebetrieb erforderlichen Gegenstände, des Mobiliars u. dgl. an der Betriebsstätte verstanden werden. Dagegen bezieht sich der Paragraph nicht auf die gehörige Beaufsichtigung und Benutzung der zum Betriebe bestimmten Gegenstände und Einrichtungen. Der Gewerbeunternehmer kann allerdings haften, wenn die vorhandenen Einrichtungen nicht oder nicht in gehöriger Weise gebraucht worden sind, insofern eine solche Unterlassung auf sein eigenes Verschulden oder dasjenige einer Person, für welche er nach dem § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes aufzukommen hat, zurückgeführt werden kann; der § 107 kann aber auf einen solchen Fall nicht bezogen werden. Solches wird durch den Wortlaut des Gesetzes nicht gerechtfertigt, auch liegen andere Gründe, welche eine weitergehende Auslegung rechtfertigen könnten, nicht vor. Es kann hiernach nicht als rechtsirrthümlich angesehen werden, wenn der Appell.-Richter angenommen hat, die Vorschrift des § 107 könne nicht so weit ausgedehnt werden, daß eine Nichtbeobachtung derselben abseiten der Beklagten schon dann vorliege, wenn sie nicht für das Anzünden der in genügender Anzahl vorhandenen Gasbrenner Sorge getragen habe.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 9. Octbr. 1880 in der preuß. Sache Lösche w. Berliner Actiengesellschaft für Eisengießerei und Maschinenfabrication. Wck.

---

150. Der Gewerbeunternehmer haftet für eine Vernachlässigung seiner Verpflichtung, die gehörige Beschaffenheit seiner zum Schutz der Arbeiter dienenden Einrichtungen zu überwachen (§ 107 der Gewerbeordnung; § 120 der Novelle vom 17. Juli 1878).

Vgl. die vorige u. folgende Nr.

Der Kläger verunglückte in der Brauerei des Beklagten, wo er als Arbeiter beschäftigt war, dadurch, daß er von einer von dem Kühlschiff

nach dem Malzboden führenden Brücke fiel, und erhob Anspruch auf Schadensersatz. Als Ursache des Unfalls wurde angesehen, daß die das Geländer der Brücke bildende Latte nicht haltbar genug gewesen sei. Diese Latte war nämlich, als der Kläger sich beim Fallen an derselben festgehalten hatte, aus dem Balken, in welchem sie befestigt war, herausgesprungen. Angenommen wurde weiter, daß die Brücke zum Schutz der Passanten mit einem mindestens aus einer haltbaren Latte bestehenden Geländer hätte versehen sein sollen. Dann heißt es in den Gründen:

„Nach dem § 107 der hier maßgebenden Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 war der Beklagte als Gewerbeunternehmer verpflichtet, alle diejenigen Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Gewerbebetriebs und der Betriebsstätte zu thunlichster Sicherung der Arbeiter gegen Gefahr für Leben und Gesundheit nothwendig waren. Diese Verpflichtung hat der Beklagte nicht erfüllt; er hat entweder von Anfang das Geländer nicht haltbar genug angelegt, oder die gehörige Unterhaltung desselben versäumt. Es sind auch von ihm Umstände nicht angeführt, auch sonst nicht ersichtlich, welche diese Versäumniß als entschuldbar erscheinen lassen könnten; insbesondere ist nicht anzunehmen, daß die Anlage durch einen außergewöhnlichen Zufall, dessen Wirkungen nicht leicht hätten entdeckt werden können, ihre Haltbarkeit verloren habe. Vielmehr kann eine im Lauf der Zeit etwa eingetretene Verminderung der Haltbarkeit nur dem Einfluß der Witterung, der Abnutzung, überhaupt den gewöhnlichen Umständen zugeschrieben werden. Auch wenn die Mängel, wie Beklagter behauptet, äußerlich nicht bemerkbar gewesen sein sollten, so würde seine Versäumniß hierdurch nicht entschuldigt werden. Da er verpflichtet war, das Geländer in einem die Arbeiter sichernden Zustande zu unterhalten, so mußte er darauf achten und nöthigenfalls eine desfallsige genaue Untersuchung anstellen, ob dasselbe die genügende Stärke habe. Bei einer solchen Untersuchung hätte aber die ungenügende Haltbarkeit der Einrichtung nicht unentdeckt bleiben können.

Der Beklagte kann daher von einer Schuld in Betreff des fraglichen Unfalls nicht freigesprochen werden."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 16. Octbr. 1880 in der preuß. Sache Kümmel w. Bauer. Wck.

---

151. Der § 107 der Gewerbeordnung (§ 120 Abs. 3 der Novelle vom 17. Juli 1878) verpflichtet den Fabrikanten nicht zur Verwendung eines den Arbeiter nicht gefährdenden Materials für sein Fabrikat.

Vgl. die beiden vorigen Nrn. mit Nachw.

„Der Appell.-Richter geht davon aus, daß nach Lage der Gesetzgebung der Fabrikant zur Auswahl eines bestimmten Materials für sein

Fabrikat nicht angehalten werden könne, und daß die Beklagte aus diesem Grunde nicht deshalb verantwortlich sei, weil sie die Bearbeitung von ungeglühtem Stahl in ihrer Fabrik eingeführt habe" (womit nach der Behauptung des Klägers größere Gefahren für den Arbeiter als mit der Bearbeitung ausgeglühten Stahls verbunden sind).

„Die Ansicht, daß der Fabrikant gesetzlich nicht verpflichtet sei, ein bestimmtes Material für sein Fabrikat zu wählen, steht mit der Vorschrift des § 107 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 nicht im Widerspruch. Denn hiernach ist der Gewerbeunternehmer zwar verbunden, auf seine Kosten alle diejenigen Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche zu thunlichster Sicherung der Arbeiter gegen Gefahr für Leben und Gesundheit nothwendig sind; über die Auswahl des zu verarbeitenden Materials enthält aber der Paragraph keine Bestimmung. Wenn man nun auch dem Appell.-Richter den Vorwurf machen wollte, er habe die Sache unrichtig aufgefaßt; es handle sich nicht um die Auswahl eines bestimmten Materials, sondern vielmehr um die Anwendung einer gewissen Fabrikationsmethode, wonach der Stahl, bevor er zur Verarbeitung hingegeben werde, der Operation des Ausglühens zu unterziehen sei: so würde es sich doch immer nur um eine irrige Auffassung der thatsächlichen Verhältnisse und nicht um eine unrichtige Auslegung des § 107 cit. handeln."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 7. Juli 1880 in der preuß. Sache Olmesdahl w. Steinhaus. Wck.

---

152. Gewerbeordnung; die, übrigens obligatorische, Anrufung der Gemeindebehörden vor Betretung des Rechtswegs in Streitigkeiten der Gewerbetreibenden ist durch das Bestehen einer zuständigen Gemeindebehörde bedingt.

Die Vorschrift des § 108 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 (jetzt des § 120[a] des Ges. v. 17. Juli 1878), daß vor dem Beschreiten des Rechtswegs die dort bezeichneten besonderen Behörden, eventuell die Gemeindebehörden anzugehen sind, ist als ein obligatorisches Gesetz zu verstehen, dessen Befolgung nicht durch Uebereinkunft der Parteien ausgeschlossen werden kann. Das folgt schon aus der unbeschränkt imperativen Fassung des Paragraphen und findet außerdem seine Bestätigung in den betreffenden Reichstagsverhandlungen, indem der Entwurf der Gewerbeordnung eine solche Uebereinkunft zulassen wollte, der Reichstag diese Bestimmung aber beseitigte:

Reichstagsverhandlungen 1869 Anlagen S. 102; Stenogr. Ber. Bd. 1 S. 550.

Demnach ist die Zuständigkeit der Gerichte durch die vorgängige Anrufung jener Behörden bedingt, und da den Gerichten von Amts wegen obliegt, ihre Zuständigkeit zu prüfen, so folgt weiter, daß auch die Nichtbefolgung der fraglichen Vorschrift von Amts wegen beachtet werden muß.

Letztere setzt aber selbstredend das Vorhandensein einer vorgängig anzurufenden Behörde, also einer hierfür eingesetzten besonderen Behörde oder eventuell einer Gemeindebehörde voraus, und es kann somit in der Nichtbefolgung dieser Vorschrift ein Hinderniß der gerichtlichen Zuständigkeit da nicht gefunden werden, wo es an einer für die Vorentscheidung zuständigen Behörde gänzlich fehlt. . . . Die Behördeneinrichtungen des Staats und die Eintheilung seiner Gemeinden gehören zu den Instituten des geltenden Rechts (des öffentlichen Rechts), und das Gericht muß daher auch hierüber, sowohl im Ganzen wie in allem Einzelnen, Kenntniß haben oder, falls es ihm daran fehlt, sich dieselbe durch von Amts wegen einzuziehende Erkundigungen verschaffen. . . .

Eine für die fragliche Vorentscheidung zuständige besondere Behörde besteht nicht, und durch die beigebrachten Bescheinigungen des Landesdirectors zu K. und der königlichen Regierung daselbst, welche trotz ihrer verspäteten Production als Hülfsmittel für die von Amts wegen erforderliche Auskunft zu berücksichtigen sind, ist vollständig erwiesen, daß H. bis jetzt keinem Gemeindeverbande zugetheilt ist und folglich für H. eine Gemeindebehörde nicht besteht.

Man könnte freilich die Frage aufwerfen, ob nicht dem in einem Reichsgesetze gebrauchten Ausdrucke „Gemeindebehörde" eine derartige Dehnbarkeit beizumessen sei, daß darunter auch eine solche bloße Ortsverwaltung, wie sie für H. besteht, begriffen werden müsse. Allein diese Frage erledigt sich dadurch, daß nach § 155 der Gewerbeordnung die Centralbehörde eines jeden Bundesstaats bekannt zu machen hat, welche Behörden in demselben unter Gemeindebehörden zu verstehen sind, und daß die vom preußischen Ministerium zur Ausführung der Gewerbeordnung unter dem 4. September 1869 erlassene Verfügung in der beigefügten Anweisung unter Nr. 25 a. E.

vgl. die „Gewerbeordnung nebst den reichs- und landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen" (Berlin, Decker 1875) S. 149

besagt: „Als Gemeindebehörden im Sinne der Gewerbeordnung sind diejenigen Behörden zu betrachten, welche nach der in den einzelnen Landestheilen geltenden Gemeindeverfassung den Gemeindevorstand bilden." Nach der Gemeindeordnung für Kurhessen vom 23. Octbr. 1834 bildet eine solche Ortsverwaltung (§ 5) aber nicht den Vorstand einer Gemeinde.

Demnach war das angefochtene die Klage zur Zeit zurückweisende Erkenntniß zu vernichten und die Sache zur materiellen Entscheidung in die vorige Instanz zu verweisen.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 24. Septbr. 1880 in einer preuß. (hessischen) Sache. St.

153. Patentgesetz vom 25. Mai 1877 § 2. Neuheit der Erfindung: Begriff der Offenkundigkeit der Benutzung.

Vgl. Bd. 27 Nr. 170, 257[1]).

In den Gründen eines Erkenntnisses des Reichsgerichts, durch welches die vom Patentamt auf Antrag der Klägerin ausgesprochene Nichtigerklärung des dem Beklagten ertheilten Patents auf einen im Discant verlängerten Resonanzboden an Clavieren bestätigt wurde, wird zunächst constatirt, daß die patentirte Erfindung schon seit mehreren Jahren vor der Patentsanmeldung an den im Inland in der Pianofortefabrik der Klägerin gebauten und in den Handel gebrachten Pianinos in Anwendung gebracht worden sei. Diese Thatsache allein genüge jedoch nicht zur Begründung des Antrages auf Nichtigerklärung des Patents, sondern nach § 2 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 sei weiter erforderlich, daß die Benutzung offenkundig dergestalt stattgefunden habe, daß darnach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheine. Berufungskläger bestreite das Vorhandensein dieses Erfordernisses, weil die Anwendung eines verlängerten Resonanzbodens an den Instrumenten der Berufungsbeklagten weder erkennbar gewesen, noch durch eine öffentliche Kundmachung derselben bekannt geworden sei. Es habe sich nun ergeben, daß allerdings die fragliche Construction auch für Sachverständige nach dem Oeffnen des Instruments nicht auf den ersten Blick erkennbar sei, jedoch durch Herausnahme des hinteren Rahmens oder Einführung eines Drahts entdeckt werden könne. Die Gründe fahren dann fort:

„Wenn nun auch nicht feststeht, daß die Erfindung und deren Benutzung auf diese oder andere Weise vor der Patentanmeldung irgend jemandem wirklich bekannt geworden sei, so ist sie dennoch als eine offenkundige im Sinn des § 2 des Patentgesetzes zu betrachten.

Der § 2 spricht die Eigenschaft der Neuheit den Erfindungen ab, welche vor der Anmeldung zur Patentertheilung durch Beschreibung oder Benutzung dem Publicum oder wenigstens dem sachkundigen Theil des Publicums bereits bekannt, mithin Gemeingut geworden sind. Hierbei wird der Fall, daß die Erfindung durch Beschreibung bekannt gemacht ist, dem Fall des Bekanntwerdens durch Benutzung gleichgestellt, abgesehen von dem . . . Unterschiede, daß in Ansehung der Beschreibung es gleichgültig ist, ob deren Veröffentlichung in einer inländischen oder ausländischen Druckschrift erfolgte, während nur die im Inlande stattgehabte Benutzung die Neuheit der Erfindung ausschließt. Was den ersten Fall anlangt, so unterliegt es nach § 2 keinem Zweifel, daß der Erfindung die Eigenschaft der Neuheit schon dann abgesprochen werden muß, wenn sie durch

[1]) Bd. 27 S. 462 Sp. 2 Z. 4 v. o. lies Bd. 27 statt Bd. 17.

Abdruck in einer öffentlichen Druckschrift an die Oeffentlichkeit getreten ist, daß mithin in diesem Fall nur auf die Möglichkeit, daß Jedermann durch Lesen der Druckschrift Kenntniß von der Erfindung erlange, gesehen und der Nachweis wirklich erlangter Kenntniß nicht gefordert wird. Hieraus ist der Schluß zu ziehen, daß auch in dem zweiten Fall es nur darauf ankommt, ob die Benutzung der Erfindung — sei es durch öffentlichen Betrieb der Herstellung oder durch die Beschaffenheit des hergestellten Gegenstandes — in der Weise an die Oeffentlichkeit getreten ist, daß Sachkundige Kenntniß davon erlangen können, daß dagegen nicht der Nachweis erforderlich ist, daß Jemand auf diese Weise wirklich Kenntniß davon erlangt habe. Die Möglichkeit, die Benutzung der Erfindung aus der Beschaffenheit des Fabrikats zu entnehmen, ist aber für Sachverständige nicht allein dann vorhanden, wenn sie ohne Weiteres durch den bloßen Augenschein erkennbar ist, sondern auch dann, wenn sie durch eine Untersuchung entdeckt werden kann.

Dieser Fall liegt . . . hier vor, zumal da nach der Aussage des Fabrikanten F. Sachverständige nicht allein im Stande waren, die Verlängerung des Resonanzbodens durch eine Untersuchung des Instruments zu erkennen, sondern auch Veranlassung hatten, eine solche Untersuchung vorzunehmen, weil die besondere Klangfarbe des Discants der mit dem verlängerten Resonanzboden versehenen Instrumente auf eine Eigenthümlichkeit in der Construction derselben schließen ließ."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 17. Jan. 1880. Entsch. des RG. Bd. 1 S. 42.

---

154. Ueber die Legitimation zur Beantragung der Nichtigkeitserklärung eines Patents aus § 10 Nr. 1 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877.

Der Antrag auf gänzliche Zurückweisung des Antrags auf Nichtigkeitserklärung wird . . . auf die Behauptung gestützt, dem Nichtigkeitskläger mangle die Legitimation zur Stellung dieses Antrags. Das Patentgesetz bestimmt im § 27, daß die Einleitung des Verfahrens wegen Erklärung der Nichtigkeit des Patents nur auf Antrag erfolgt, ohne sich darüber auszusprechen, wer zur Stellung des Antrags befugt ist, wenn die Nichtigkeitserklärung, wie im vorliegenden Fall, nach § 10 Nr. 1 beantragt wird. Diese im Gesetz offen gelassene Frage wird verschieden beantwortet. Nach der Ansicht des Nichtigkeitsbeklagten soll nur derjenige zur Stellung des Antrags legitimirt sein, welcher durch Ertheilung des Patents eine Rechtsverletzung erlitten hat. Nach einer andern Ansicht soll ein Jeder, der ein Interesse daran hat, die Nichtigkeitserklärung zu beantragen befugt sein:

vgl. Kohler d. Patentrecht S. 215; Landgraf das d. Reichsgesetz betr. den Schutz von Erfindungen S. 119; Dernburg Lehrbuch des preuß. Privatrechts Bd. 2 S. 733

Eine dritte Ansicht endlich, welche der Nichtigkeitskläger geltend macht, schreibt Jedermann die Befugniß zur Stellung von Anträgen auf Nichtigkeitserklärungen zu:

vgl. Dambach das Patentgeſ. S. 34; Klostermann d. Patentgeſ. S. 178; Gareis das d. Patentgeſ. S. 232; Grothe das Patentgeſ. S. 111; Dahn in der krit. Vierteljahrsſchr. Bd. 20 S. 555.

Von dieſen Meinungen iſt jedenfalls die erſte unrichtig. Selbſt wenn die Rechtsgrundſätze, welche in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten bezüglich der Legitimation zur Klaganſtellung gelten, auf die Legitimation zum Antrag auf Nichtigkeitserklärung in Patentſachen anzuwenden wären, würde nicht zu behaupten ſein, daß dieſer Antrag eine von dem Antragſteller erlittene Rechtsverletzung vorausſetze, da nach § 231 der RCPO. vom 30. Jan. 1877 auch ohne die Vorausſetzung einer von dem Kläger bereits erlittenen Rechtsverletzung auf Feſtſtellung des Beſtehens oder Nichtbeſtehens eines Rechtsverhältniſſes geklagt werden kann. Ueberdies ſind die für das Verfahren in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten geltenden Vorſchriften für das Verfahren in Patentſachen, ſoweit es ſich um Ertheilung, Nichtigkeitserklärung oder Zurücknahme des Patents handelt, nicht unmittelbar anwendbar. Daß das hierfür maßgebende Patentgeſetz den Antrag auf Nichtigkeitserklärung nach § 10 Nr. 1 von dem Vorhandenſein einer Rechtsverletzung nicht abhängig macht, iſt ſchon daraus zu entnehmen, daß im § 27 das Erforderniß eines Antrags des „Verletzten“ nur für den Fall des § 10 Nr. 2 aufgeſtellt und ſelbſt für den Fall des § 10 Nr. 2 nicht eine Rechtsverletzung, ſondern eine Verletzung, d. h. Benachtheiligung des Antragſtellers zu ſeiner Legitimation erfordert iſt. Noch beſtimmter ergiebt ſich dasſelbe aus der Abſicht des Geſetzgebers. Ueberall, wo ein Patent auf eine nicht patentfähige Erfindung ertheilt worden iſt, ſoll die Möglichkeit gegeben ſein, das Patent zu beſeitigen. Während in dem Reichskanzleramtsentwurf von 1876 § 24 für dieſen Fall ſogar die Zurücknahme des Patents von Amts wegen geſtattet war, geht das Patentgeſetz, indem es die Nichtigkeitserklärung von einem Antrag abhängig macht, von der Unterſtellung aus, daß in jedem Fall, wo die Vorausſetzungen der Nichtigkeitserklärung vorliegen, irgend wer dieſelbe zu beantragen befugt ſei, entweder eine öffentliche Behörde zur Wahrung des öffentlichen Intereſſe (Motive zu § 10 des Entwurfs, Reichstagsverhandl. 1877 Bd. 3 Nr. 8 S. 21), oder eine Privatperſon in ihrem Privatintereſſe. Wäre aber die Legitimation zur Stellung des Antrags von einer erlittenen Rechtsverletzung abhängig, ſo würde die Abſicht des Geſetzes höchſt unvollkommen erreicht werden, da mit Ausnahme der Fälle, in welchen der Inhaber eines älteren Patents durch Ertheilung des ſpäteren in ſeinem Rechte verletzt iſt, in der Regel Niemand berechtigt ſein würde, die Nichtigkeitserklärung zu beantragen. Es muß daher ohne Zweifel die von dem Nichtigkeitsbeklagten vertretene erſte

Ansicht, für welche sich in der Literatur kein Vertheidiger findet, als unhaltbar verworfen werden.

Folgt man der zweiten Ansicht, zu deren Rechtfertigung auf § 231 der RCPO. und auf auswärtige Patentgesetze hingewiesen werden könnte:

vgl. franz. Ges. v. 5. Juli 1844 Art. 34 (Gareis Samml. Bd. 1 S. 129); ital. Ges. v. 26. Febr. 1879 Art. 17 (Patentbl. 1879 S. 134),

so erscheint die Legitimation des Nichtigkeitsklägers begründet. Ein rechtliches Interesse an der Erklärung der Nichtigkeit des Patents ist bei einem Jeden anzuerkennen, gegen den in Folge des Bestehens des Patents die im § 4 des Patentgesetzes bestimmte Wirkung eintritt. Es muß ihm unverwehrt sein, sich des gesetzlichen Mittels zu bedienen, um die Beschränkung der Freiheit seines Handelns bezüglich der Herstellung, des Verkaufs, oder Gebrauchs des Patentobjects zu beseitigen, gleichviel ob er beabsichtige oder bereits Vorkehrungen getroffen hat, sich dieser Freiheit zu bedienen. Es ist daher unnöthig, auf dasjenige einzugehen, was der Nichtigkeitskläger in letzterer Beziehung vorgebracht hat.

Ob gemäß der dritten Ansicht die Legitimation zum Antrage auf Nichtigkeitserklärung noch weiter auszudehnen und auch demjenigen zuzuschreiben sei, welcher daran kein ersichtliches Interesse hat, wie z. B. ein nach § 5 von der Wirkung des Patents befreiter Inländer oder ein von den Wirkungen des Patents überhaupt nicht betroffener Ausländer, kann hier unentschieden bleiben, weil ein Fall dieser Art nicht vorliegt.

Urtheil des ROHG. zu Leipzig (1. Sen.) v. 27. Mai 1879 in einer preuß. (landrechtl.) Sache. Entsch. des ROHG. Bd. 25 Nr. 46.

---

155. Gehört die Forderung auf die Versicherungssumme aus einer nicht ausdrücklich zu Gunsten eines Dritten abgeschlossenen Lebensversicherung, wenn die Police auf den Inhaber lautet, zum Nachlaß des Versicherungsnehmers? Querela inofficiosae donationis* zur Anfechtung einer Schenkung solcher Lebensversicherungspolice.

*Vgl. Bd. 4 Nr. 137; Bd. 7 Nr. 213; Bd. 9 Nr. 193; Bd. 23 Nr. 238; Bd. 24 Nr. 155, 240.

B. ward von seiner Mutter zu 3/4, von seiner Wittwe (kraft des sog. Erbrechts der armen Wittwe) zu 1/4 ab intestato beerbt. Er hatte sein Leben zu insgesammt 500 Thlr. versichert. Nach seinem Tode erhielt seine Wittwe auf die Versicherungspolicen von der betreffenden Versicherungsanstalt den versicherten Betrag ausbezahlt. Von der Mutter des Verstorbenen auf Herauszahlung von 3/4 dieser Summe nebst Zinsen belangt, wandte sie ein, daß jene Policen zu Gunsten des Inhabers ausgestellt, demnach die Versicherungssummen von ihr mit Recht zum vollen Betrage gehoben, daß aber überdies die Policen von dem Erblasser vor ihrer Ver-

heirathung ihr schenkungsweise übergeben seien. Das Gericht 1. Instanz verstellte der Beklagten diese Schenkung zum Beweise, der Klägerin dagegen die von derselben vorgebrachte Replik: daß und inwieweit der Vermögensbestand ihres verstorbenen Sohnes zur Zeit der fraglichen Schenkung um mehr als ¾ gemindert worden sei.

In der Berufungsinstanz wurde der Streit folgendermaßen beurtheilt:

. . . Es ist zwar in dem Fall, wo eine Lebensversicherung erklärtermaßen zu Gunsten einer bestimmten dritten Person[1]) genommen ist, die Forderung auf Zahlung der Versicherungssumme nach dem Tode des Versicherungsnehmers in Gemäßheit der deutsch-rechtlich erweiterten Grundsätze über Vertragschließung zu Gunsten Dritter als ein selbständiges Recht jenes Dritten anzusehen, welches derselbe nicht aus der Person des contrahirenden Versicherungsnehmers herleitet, sondern als sein originäres, eigenes, mit dem Tode des Versicherungsnehmers unwiderruflich gewordenes Recht unmittelbar aus dem Versicherungsvertrage erworben hat. Ist dagegen in dem Versicherungsvertrage nicht bestimmt, daß die Versicherung zu Gunsten eines bestimmten Dritten abgeschlossen werde, so hat die Forderung aus dem Vertrage, wie jede andere durch einen Vertrag des Versicherungsnehmers begründete Forderung, als eine Forderung des Versicherungsnehmers zu gelten, dessen Leben versichert ist und dessen vermögensrechtliche Persönlichkeit in seinem Nachlaß fortdauert, und damit fällt sie als ein Bestandtheil seines Vermögens in seine Erbschaft.

Entsch. des ROHG. Bd. 3 Nr. 73 S. 346; Seuffert Archiv Bd. 24 Nr. 155, Bd. 26 Nr. 176—178; Ztschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 14 S. 631 f.

Im vorliegenden Fall ist von keiner Seite behauptet, daß die fraglichen Versicherungen zu Gunsten eines bestimmten Dritten abgeschlossen seien; im Gegentheil, es haben die Policen nach der eigenen Darstellung der Beklagten auf den Inhaber gelautet. Wie durch diese Behauptung die Zugehörigkeit der Policen zu der B.'schen Erbschaft aus den angeführten Gründen eher bestätigt als in Frage gestellt wird, so kann auch im Uebrigen den Folgerungen, welche die Beklagte aus der angeblichen Eigenschaft der Policen als Inhaberpapieren herzuleiten sucht, in keiner Weise beigepflichtet werden. Es bedarf hier keines näheren Eingehens auf die Frage, ob eine zu Gunsten des Inhabers lautende Lebensversicherungspolice als ein wirkliches und vollkommenes Inhaberpapier zu behandeln sei oder nicht vielmehr, wie das Gericht 1. Instanz in Uebereinstimmung mit

Entsch. des ROHG. a. a. O. S. 342[2]), Bd. 9 S. 242; Ztschr. f. Handelsr. Bd. 14 S. 633; Puchelt Commentar zum HGB. Thl. 2 S. 116

[1]) Vgl. Bd. 35 Nr. 165 nebst Nachw.

[2]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 26 Nr. 268.

annimmt, durch die Inhaberclausel bloß dem Schuldner der Versicherungssumme das Recht zu geben bezwecke, an den Inhaber ohne weitere Legitimationsprüfung zu zahlen; denn selbst wenn hier ein wahres Inhaberpapier in Frage stände, so würde daraus zwar für die Beklagte, als derzeitige Inhaberin des Papiers, das Recht erwachsen sein, von der Schuldnerin die ganze Versicherungssumme zu fordern, dagegen kann die Inhaberqualität nicht die obligatorischen Beziehungen alteriren, in denen der Inhaber des Papiers in Rücksicht auf dasselbe zu dritten Personen steht, und kann den durch solche Beziehungen erzeugten contractlichen oder quasicontractlichen Klagen nicht entgegengesetzt werden. Durch die seitens beider Parteien erfolgte Antretung der B.'schen Erbschaft wurden die zu derselben gehörigen Policen gemeinschaftliches Eigenthum, die entsprechenden Forderungen gemeinschaftliche Forderungen der Parteien nach Maßgabe ihrer Erbquoten, und ebenso wie darnach vor Erhebung der Versicherungssummen für die Klägerin die Theilungsklage zum Zweck der Aufhebung der Eigenthumsgemeinschaft gegen die Beklagte begründet gewesen wäre, obwohl die Policen in den Händen der Beklagten allein sich befanden, ebenso muß das Gleiche von der hier erhobenen Klage gelten, gestützt darauf, daß die Beklagte, indem sie die gesammten Versicherungssummen, auch für den Antheil der Klägerin, von dem Schuldner eingezogen, in tantum der Klägerin gegenüber restitutionspflichtig geworden ist. Zur Begründung dieser Klage bedarf es auch nicht etwa einer Berufung auf mala fides der Beklagten, weil die letztere nur für dingliche Klagen auf Herausgabe eines Inhaberpapiers in Betracht kommt.

§ 1 u. 3 des (hannoverschen) Gesetzes v. 5. April 1859, die Papiere auf den Inhaber betr.

Diesemnach muß auch der Antrag der Beklagten, ihr den Beweis, daß die Policen auf den Inhaber gestellt gewesen, nachzulassen, als unbegründet zurückgewiesen werden.

Was sodann den der Klägerin nachgelassenen Beweis anlangt, so ... erscheint der Antrag der Beklagten auf Streichung jenes Beweises aus dem Grunde an sich gerechtfertigt, weil eine Rescissionsforderung der Klägerin wegen Pflichttheilsverletzung ... überall nicht genügend substantiirt ist. Inofficiös ist eine Schenkung dann, wenn sie den Pflichttheil des Erben im Vermögen des Schenkers zur Zeit der Schenkung nicht zurückläßt. Zur thatsächlichen Begründung eines hierauf zu stützenden Rescissionsanspruchs hat aber die Klägerin ein Weiteres nicht behauptet, als daß der Erblasser zur Zeit der Schenkung anderes irgend erhebliches Vermögen (außer den angeblich verschenkten Policen) nicht besessen, namentlich den zur Zeit seines Todes festgestellten Bestand des anderweiten Activbestandes in seinem Vermögen noch nicht gehabt habe. Hieraus allein wird jedoch eine durch die Schenkung eingetretene Verletzung des klägerischen Pflichttheils nicht ersichtlich, weil sich darnach die nach dem angegebenen Begriff einer inofficiösen

Schenkung durchaus wesentliche Frage: wie viel verschenkt sei, jeder Beurtheilung entzieht. Grundlos ist es nämlich, wenn etwa die Klägerin als den Betrag des Verschenkten die nach dem Tode des Erblassers von der Beklagten erhobenen Versicherungssummen ansehen will. Denn um diese Summen wurde der Erblasser, welcher dieselben damals ebensowenig wie eine auf deren sofortige Auszahlung gerichtete Forderung in seinem Vermögen schon hatte, durch die Schenkung nicht ärmer, was doch zum Wesen jeder Schenkung gehört (fr. 5 § 8 u. 16 de donation. inter virum et ux. 24. 1). Vielmehr könnten als verschenkt nur die (von der Klägerin nicht angegebenen) Prämiengelder betrachtet werden, welche der Erblasser damals schon eingezahlt hatte, etwa unter Mitberücksichtigung des Werths, den die Policen unter der Voraussetzung, daß auch die ferner zu entrichtenden Prämiengelder eingezahlt würden, damals für ihn hatten. Dieser Werth war jedoch der Natur der Sache nach ein derzeit völlig ungewisser und keinenfalls auch nur so zu berechnen, daß man etwa von den Versicherungssummen das interusurium bis zur Zeit des muthmaßlichen Todes des Versicherungsnehmers abgesetzt hätte, da die demnächstige Realisirung der Forderung aus den Policen nicht bloß von diesem Zeitpunkt, sondern auch von dem Eintritt künftiger, ungewisser Thatumstände, insbesondere von der ferneren regelmäßigen Prämienzahlung, abhing.

Vgl. Ztschr. f. Handelsr. Bd. 12 S. 173, 562; Seuffert Archiv Bd. 24 Nr. 155.

Bei solcher Sachlage ist es nicht gerechtfertigt, wenn das Gericht 1. Instanz den Beweis über die lediglich conclusionsartige Behauptung nachgelassen hat, daß und inwieweit der Vermögensbestand des Sohnes der Klägerin zur Zeit der fraglichen Schenkung durch letztere um mehr als $^3/_4$ gemindert worden sei, während es an allen und jeden näheren Angaben thatsächlicher Art zur Begründung dieser Conclusion in dem klägerischen Vortrage fehlte.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 28. Mai 1880 i. S. Wittwe Eleonore Meyer geb. Rust in Burgdorf, Kl., w. Wittwe Böhmann in Hannover, Bekl., wegen Forderung. W.

II. Civilproceß.

156. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der Nothfrist auf Grund von Krankheit des Proceßbevollmächtigten?

Vgl. die folgende Nr. (Auch Bd. 19 Nr. 92 mit Nachw.)

Gegen das dem bevollmächtigten Rechtsanwalt des Beklagten am 27. April 1880 zugestellte Urtheil 2. Instanz wurde für den Beklagten

erst am 10. Juni 1880 Revision eingelegt und zugleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Frist unter Berufung darauf beantragt, daß jener Anwalt des Beklagten in den letzten Monaten ernstlich erkrankt gewesen sei. Der Antrag wurde verworfen:

„Es kann im vorliegenden Fall nicht angenommen werden, daß der Revisionskläger durch einen unabwendbaren Zufall verhindert worden sei, die Revisionsfrist einzuhalten (§ 211 der CPO.). Es ist nicht glaubhaft gemacht, daß der erkrankte Vertreter des Revisionsklägers nicht einen anderen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung dringender Geschäfte, soweit er sie selbst zu erledigen außer Stande war, hätte beauftragen oder in anderer Weise geeignete Vorsorge hätte treffen können. Der Begriff des unabwendbaren Zufalls ist gleichbedeutend mit dem der höheren Gewalt im Sinn des Art. 395 des HGB.; nun waren aber Vorkehrungen möglich, welche ungeachtet der Krankheit des Vertreters die Wahrung der Nothfrist gesichert hätten. Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 211 der CPO. ergeben, daß, wenn es einerseits die Absicht des Gesetzgebers war, die durch unverschuldete Versäumung der Nothfristen in manchen Fällen entstehenden Härten zu vermeiden, andrerseits zur Verhütung von Mißbräuchen die Wiedereinsetzung nur innerhalb der festgezogenen Grenzen bewilligt werden soll."

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 28. Septbr. 1880 in einer reichsländischen Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 424.

---

157. Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der Nothfrist, wenn die Schrift erst am vorletzten Tage der Frist dem Gerichtsvollzieher übergeben und hernach die rechtzeitige Zustellung von den Zustellungsorganen versäumt wurde.

Vgl. die vorige Nr.; auch Bd. 14 Nr. 267.

Die Zustellung der Berufungsschrift des verurtheilten Beklagten erfolgte einen Tag zu spät. Die Schrift war am 8. April 1880, am Tage vor dem Fristablauf, Nachmittags 5 Uhr dem Expedienten des Gerichtsvollziehers beim AG. in Dresden behufs Zustellung an den Anwalt des Gegners in Leipzig übergeben worden, dem Gerichtsvollzieher selbst aber erst am 9. April zu Händen gekommen, von diesem vor ½10 Uhr Vormittags zur Post gegeben, aber trotz telegraphisch beim Leipziger Postamt erbetener Bestellung durch Eilboten erst am 10. April, Tags nach dem Fristablauf, zugestellt worden. Die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde vom OLG. abgeschlagen und das Reichsgericht pflichtete dem bei. In den Gründen wird ausgeführt:

„Unter Naturereignissen und anderen unabwendbaren Zufällen, welche § 211 Abs. 1 der CPO. als Gründe für die Wiedereinsetzung in den vorigen

Stand gegen die Folgen von Nothfristversäumungen anerkennt, versteht das Gesetz das Nämliche, was Art. 395 des HGB. unter „höherer Gewalt" begreift. Ein mit der äußersten, nach Lage der Sache vernünftigerweise zu erwartenden Vorsicht weder ganz zu verhinderndes noch unschädlich zu machendes Ereigniß (Entsch. des ROHG. Bd. 2 Nr. 58, Bd. 8 Nr. 6, 41) muß Ursache der Versäumung sein. Indem der Gesetzgeber dies als Regel hinstellt und da, wo das Versäumniß nicht durch höhere Gewalt, wenngleich ohne Schuld der Partei, eingetreten ist, bloß unter ganz besonderen Vorbedingungen (§ 211 Abs. 2, § 213 Abs. 1 der CPO.) die Wiedereinsetzung gestattet, hat eine strenge Beurtheilung der Wiedereinsetzungsanträge geboten, mißbräuchlicher Proceßverschleppung vorgebeugt werden sollen. Daß in solchen Fällen schon der Mangel an Verschulden zur Wiedereinsetzung genüge, bestimmt das Gesetz nicht; absichtlich nicht, „weil dieser Begriff leicht einer laxen Interpretation ausgesetzt ist" (Motive zu § 204 des Entwurfs). Allerdings hängt die Wahrung fast sämmtlicher Nothfristen, so namentlich der Berufungsfrist, davon ab, daß dem anderen Theil innerhalb der Frist ein Schriftsatz zugestellt wird, und das Gesetz nöthigt die Partei, sich dabei zumeist fremder, ihrer Aufsicht und Leitung nicht unterstehender Personen zu bedienen. Dieser Sachverhalt ist jedoch beim Erlaß der CPO. berücksichtigt worden. Die Vorschrift des § 213 giebt den Parteien ein sicheres Mittel an die Hand, die Folgen schuldhafter Verzögerungen des Zustellungsgeschäfts von sich abzuwehren. Hat der Gerichtsvollzieher oder, soweit der Gerichtsschreiber die Zustellung vermittelt, Letzterer das zuzustellende Schriftstück längstens am 3. Tage vor Ablauf der Frist zum Zweck der Zustellung erhalten, so darf die Partei Wiedereinsetzung gegen das nachherige Fristversäumniß schlechthin beanspruchen, selbst dann, wenn dasselbe nicht auf Zufall, sondern auf Nachlässigkeit der Zustellungsorgane beruht. Hiermit fordert das Gesetz von den Parteien die Bethätigung einer gewissen Sorgfalt für Offenhaltung der zur Zustellung nothwendigen Zeit. Die Partei soll, was sie ihrerseits zu thun hat, damit die Frist gewahrt werde, nicht bis auf die letzte Stunde verschieben, so daß die Zustellungsbeamten gezwungen sind, außergewöhnliche, die regelrechte Abwickelung ihrer sonstigen Dienstgeschäfte nach Befinden störende Maßnahmen zu ergreifen, um die Zustellung noch rechtzeitig vollziehen zu können. Wie hieraus ohne Weiteres folgt, darf eine Partei, welche die ihr vom Gesetz gebotene Gelegenheit zur Unschädlichmachung etwaiger Nachlässigkeiten der Zustellungsorgane nicht benutzt, deshalb allein, weil dieselben, vielleicht ohne Noth, die Zustellung über die Frist hinaus verzögert haben, nicht in den vorigen Stand eingesetzt werden. Derartige Zögerungen, wären sie auch durch Pflichtwidrigkeiten der Zustellungsbeamten veranlaßt, betrachtet das Gesetz nicht als unabwendbaren Zufall, weil es in der Macht der Parteien steht, den nachtheiligen Wirkungen solcher Ereignisse vorzubeugen.

Daß dies die Meinung des Gesetzgebers gewesen ist, erhellt klar a der Entstehungsgeschichte des § 213. Der Paragraph fehlte im Entwur Bei den Berathungen der Commission des Reichstags gelangte in Frag ob nicht „eine bei der Zustellung eingetretene Verzögerung" den Gründe der Wiedereinsetzung hinzuzurechnen sei. Ein hierauf gerichteter Einschaltungs antrag wurde jedoch zunächst durch einen anderen Beschluß, nach welchem die während der Nothfrist erfolgte Uebergabe des zuzustellenden Schriftstücks an den Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber zur Wahrung der Frist hinreichen sollte, für erledigt erklärt. Spätere Berathungen führten zwar zur Wiederaufhebung auch dieses Beschlusses, kamen aber auf jene Einschaltung nicht wieder zurück; vielmehr wurde endlich diejenige Vorschrift beschlossen, welche der § 213 der CPO. wiedergiebt.

Protocoll der 10. Sitzung S. 67, 65, 69; 11. Sitzung S. 76; 14. Sitzung S. 111 ff.; 15. Sitzung S. 123 ff.; 84. Sitzung S. 535; 126. Sitzung S. 666; 168. Sitzung S. 2 ff."

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 5. Novbr. 1880 in einer sächs. Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 426.

---

158. Ist eine äußerliche Sonderung des „Thatbestands" und der „Entscheidungsgründe" im Urtheil erforderlich?

Vgl. die folgende Nr.

Die Revision gegen ein Berufungsurtheil wurde u. A. darauf gestützt, daß in dem als „Entscheidungsgründe" überschriebenen Theil des Urtheils eine Bemerkung über das thatsächliche Vorbringen des jetzigen Revisionsklägers enthalten sei, welche der desfälligen Darstellung in dem als „Thatbestand" bezeichneten Theil des Urtheils zuwiderlaufe. In dieser Veranlassung wurde höchstrichterlich ausgesprochen:

„Dieser Vorwurf würde nur dann begründet sein, wenn es richtig wäre, daß der Thatbestand lediglich im ersten Theil des zur Begründung des Urtheilstenors gegebenen Darstellung enthalten sein dürfte und der zweite Theil sich auf Rechtsausführungen zu beschränken hätte. Allein eine derartige Bestimmung ist im Gesetz nicht enthalten. Zwar werden im § 284 der CPO. die einzelnen Bestandtheile des Urtheils unter einzelnen Nummern aufgeführt, allein daraus folgt nicht, daß diese Bestandtheile auch nothwendig von einander örtlich geschieden gehalten werden müßten. Nur für die Urtheilsformel ist diese „äußerliche Sonderung" vorgeschrieben. Gerade aus dieser ausdrücklichen Hervorhebung ist ein argum. a contrario betreffs der anderen Bestandtheile des Urtheils zulässig. Hiernach kann es, wenngleich es im Interesse der Uebersichtlichkeit äußerst wünschenswerth erscheint, daß die thatsächlichen Feststellungen von den rechtlichen Erörterungen möglichst

gesondert gehalten werden, doch nicht als ein rechtlicher Verstoß angesehen werden, wenn im einzelnen Fall von diesem Verfahren abgewichen wird.

Zwar kann davon ausgegangen werden, daß der Richter namentlich dann, wenn er (zweckmäßigerweise) seine Ausführungen unter besondere Rubriken (Thatbestand und Entscheidungsgründe) gebracht hat, an erster Stelle alles den Thatbestand Betreffende hat zusammenstellen und an zweiter Stelle nur rechtliche Erörterungen hat geben wollen. Allein wenn auch in Zweifelsfällen auf die Anordnung der einzelnen Sätze Gewicht zu legen ist, so ist dieselbe doch nicht unbedingt maßgebend. Entscheidend dafür, ob eine Aeußerung als thatsächliche Feststellung oder als rechtliche Erörterung aufzufassen sei, ist der Inhalt derselben. Ebenso wenig wie der Revisionsrichter durch eine rechtliche Deduction des Vorderrichters deswegen gebunden sein würde, weil dieselbe sich unter der Rubrik „Thatbestand" vorfindet, kann einer thatsächlichen Feststellung darum die Anerkennung versagt werden, weil dieselbe unter den rechtlichen Ausführungen ihren Platz gefunden hat." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 29. Septbr. 1880 in einer preuß. Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 396.

---

159. Inwieweit darf im Thatbestand auf die vorbereitenden Schriftsätze Bezug genommen werden? Ist der Thatbestand äußerlich von den Gründen zu sondern?* — Mangelhaftigkeit des Thatbestands als Revisionsgrund.**

*Vgl. die vor. Nr. — **Vgl. Nr. 85 sowie die folgende Nr.

„Der Revisionskläger rügt mit Recht eine Verletzung der Vorschrift im § 284 Ziff. 3 der CPO., nach welcher das Urtheil enthalten soll einen Thatbestand, d. h. „eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge". Daß in der Vernachlässigung dieser Vorschrift eine die Revision begründende Gesetzesverletzung zu finden sei, ist zwar in der CPO. (vgl. § 513) nicht ausdrücklich ausgesprochen, dies folgt aber mit Nothwendigkeit daraus, daß nach § 524 der Revisionsrichter keine anderen Thatsachen berücksichtigen darf, als diejenigen, welche sich aus dem Thatbestande bzw. gemäß § 285 aus der Berichtigung desselben durch das Sitzungsprotocoll ergeben, und daß derselbe daher bei Ermangelung eines gehörigen Thatbestands garnicht im Stande ist, in der Sache selbst zu entscheiden.

Es dürfen namentlich die vorbereitenden Schriftsätze von dem Revisionsrichter nicht anders in Betracht gezogen werden, als wenn und

insoweit der Inhalt derselben im Thatbestande in Bezug genommen und somit zu einem Bestandtheil desselben gemacht worden ist (§ 284 Abs. 2); und es mag auch noch hervorgehoben werden, daß der § 284 keineswegs gestatten will, bei der Anfertigung des Thatbestands diejenigen Ergebnisse der mündlichen Verhandlung, welche mit dem Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze übereinstimmen, regelmäßig durch eine bloße Bezugnahme auf letztere zum Ausdruck zu bringen; es soll vielmehr diese Bezugnahme, wie schon die Gesetzesworte „nicht ausgeschlossen" ergeben, nur ausnahmsweise zulässig sein, und wenngleich hierbei dem richterlichen Ermessen im Einzelfall ein gewisser Spielraum offen gelassen ist, so muß man doch immer vor Augen behalten, daß nach der Vorschrift des § 284 Ziff. 3 der Thatbestand in einer gedrängten Darstellung des Sach- und Streitstandes zu bestehen hat, und darf man daher die Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze nur anwenden, wenn und soweit deren Ausführungen diesem Erforderniß entsprechen, d. h. sich auf eine Darstellung der wesentlichen Thatsachen beschränken und dieselben mit der gehörigen Präcision kennzeichnen.

In vorliegender Sache ist es nun zwar nicht richtig, daß das angefochtene Urtheil gar keinen Thatbestand enthalte. Dasselbe hebt die in der Berufungsinstanz gestellten Anträge hervor und nimmt Bezug auf den ganzen Inhalt des ersten Urtheils, also auch auf den in diesem enthaltenen Thatbestand, und in solcher Bezugnahme muß man die Feststellung finden, daß die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht ein mit jenem Thatbestand übereinstimmendes Ergebniß geliefert habe. Unwesentlich ist auch, daß dieser Thatbestand des angefochtenen Urtheils nicht, wie es allerdings angemessen wäre und insbesondere auch im Interesse der Parteien, um ihnen für etwaige Anträge auf Berichtigung oder Vervollständigung des Thatbestandes (§§ 290, 291) eine deutlich abgegrenzte Grundlage zu geben, geboten erscheint, von den Gründen äußerlich gesondert worden ist. . . . Eine wesentliche Verletzung des § 284 Ziff. 3 liegt aber darin, daß das OLG. in seinen Gründen eine Reihe von Thatumständen, welche in dem angezogenen erstinstanzlichen Urtheil nicht erwähnt sind, in Betracht gezogen hat, ohne daß es feststellt, was hierüber vor ihm verhandelt worden ist." (Folgt nähere Ausführung.) . . . „Während also einerseits aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urtheils sich ergiebt, daß die Verhandlung in der Berufungsinstanz sich keineswegs bloß auf das nach dem Thatbestand der 1. Instanz dort Vorgetragene beschränkt hat, ist andrerseits die in der Berufungsinstanz über neue Thatsachen stattgehabte mündliche Verhandlung nicht festgestellt worden. Daß ein solcher Mangel des Thatbestands eine Aufhebung des angefochtenen Urtheils und eine Zurückverweisung der Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung unvermeidlich macht, liegt klar zu Tage, da es an der für

die Entscheidung der Revisionsinstanz unentbehrlichen thatsächlichen Grundlage fehlt."

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 23. Novbr. 1880 in einer preuß. (holsteinischen) Sache.

---

160. Aufhebung eines Berufungsurtheils von Amts wegen auf Grund mangelnden Thatbestands.

Vgl. die vorige Nr.

In einem nach dem früheren Verfahren eingeleiteten Proceß hatte nach umfangreichem Schriftenwechsel die 1. Instanz schon vor Einführung des Reichscivilprocesses erkannt; am 1. Octbr. 1879 wurde die Sache in dieser Lage nach Maßgabe der Art. 70 ff. des großherzogl. hessischen Ausführungsgesetzes zur deutschen CPO. vom 4. Juni 1879 in das neue Verfahren übergeleitet. — Das Urtheil 2. Instanz stellte demnächst als „Thatbestand" fest:

> „Den Thatbestand anlangend, so wird es im vorliegenden Fall angemessen sein, sich auf die vorbereitenden Schriftsätze zu beziehen (§ 284 der CPO.), da genau nach Maßgabe derselben verhandelt wurde und auch die Beschwerden, insoweit sie in der mündlichen Verhandlung wiederholt wurden, was sich aus den Anträgen der Parteien ergeben wird, genau nach Maßgabe der früher eingereichten Schriften begründet wurden." (Dann folgen die Berufungsanträge.)

Die Beklagten legten Revision ein; bei der mündlichen Verhandlung derselben erklärten sich die Vertreter beider Parteien mit der Einrichtung des Thatbestands im Berufungsurtheil einverstanden. Das Reichsgericht hob letzteres jedoch auf und verwies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das OLG. zurück.

In den Gründen wird zunächst, wesentlich übereinstimmend mit den Ausführungen in dem Fall der vorstehenden Nummer, dargelegt, daß der Thatbestand ein wesentlicher Bestandtheil des Urtheils sei und in demselben eine Bezugnahme auf vorbereitende Schriftsätze und Sitzungsprotocolle zwar nicht ausgeschlossen, aber doch nur ausnahmsweise gestattet sei. Dann wird fortgefahren:

„Im vorliegenden Fall enthält das angefochtene Urtheil im Thatbestande nur die Berufungsanträge der Parteien und verweist im Uebrigen ausschließlich auf die vorderen schriftlichen Verhandlungen. Diese Verweisung muß als ein wesentlicher Mangel im Sinn des § 501 der CPO. angesehen werden. Denn die von den streitenden Theilen bis zur mündlichen Verhandlung 2. Instanz im alten Verfahren gewechselten Schriftsätze sind von erheblichem Umfang; es sind verschiedene Klaganssprüche und Gegenforderungen erhoben, jene durchgängig, diese zum größten Theil bestritten, auch ist eine Reihe von Einreden geltend gemacht worden; weder

das Urtheil 1. Instanz noch irgend ein Schriftsatz der Parteien e zusammenhängende Darstellung des Sachverhalts. — Es kann nicht des Revisionsgerichts sein, bei der Verhandlung der Sache in 3. an Stelle des Berufungsgerichts die thatsächlichen Unterlagen Prüfung der Rechtsfrage zu ermitteln, oder auch nur zu prüfen mündlichen Ausführungen der Parteien, soweit solche thatsächliche sind, den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze wiedergeben. W die in dem angefochtenen Erkenntniß zu den einzelnen Appellationsbes besonders hervorgehobenen Berufungsschriften angeht, so beziehen s wiederum, entsprechend dem früheren Proceßrecht, auf die Acten 1. und sie setzen die Bekanntschaft mit letzteren, sowie die Ergänzu solchen durch den Richter nothwendig voraus. Darnach fehlt es a dieser Richtung an jedem sichern Anhaltspunct zur Entscheidung de was durch Verweisung auf die vorbereitenden Schriftsätze als der e mündlichen Vortrage der Parteien sich ergebende Thatbestand hat se werden sollen. Es kann daher nicht zweifelhaft erscheinen, daß der gehobene Mangel des Verfahrens von Amts wegen, selbst ge Willen und die übereinstimmenden Erklärungen der Parteien, berü und das Berufungsurtheil, soweit es angefochten wird und der Ma Streitpuncte betrifft, aufgehoben werden muß (§ 527 Abs. 2 der

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 8. Octbr. 1880 in einer darmst. Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 405 ff.

---

161. Kann der Thatbestand des Urtheils dadurch widerlegt werd nach dem Sitzungsprotocoll ein von jenem Thatbestand abwe Schriftsatz verlesen worden ist?

Es handelte sich bei einer aus dem Reichshaftpflichtgesetz erh Entschädigungsklage darum, ob an der Stelle, wo der verunglückte aus dem Zuge ausgestiegen war, sich ein Perron befunden habe oder Das Urtheil des OLG. stellte fest, daß dort kein Perron sei. Die Re welche rügte, daß diese Thatsache unter Verletzung des Gesetzes fest worden sei, wurde aus folgenden Gründen verworfen:

„Richtig ist, daß Beklagter in seiner Berufungsschrift die Behau es habe der Wagen außerhalb des Perrons gestanden, als unrichti in 1. Instanz nicht einmal vorgebracht bezeichnet hatte, während i Entscheidungsgründen des 2. Urtheils bemerkt ist, fragliche Thatsach unwidersprochen fest; allein nach den Principien der CPO. kommt es auf das an, was in den vorbereitenden Schriftsätzen, sondern ausschl auf das, was bei der Verhandlung in der Sitzung geltend gemacht In letzterer Beziehung ist zunächst der im 2. Urtheil vorgetragene

bestand maßgebend, dessen Berichtigung nicht verlangt wurde (§§ 285, 291 der CPO.). . . . Eine Entkräftung des durch den Thatbestand gelieferten Beweises (§ 285 cit.) kann darin nicht gefunden werden, daß im Sitzungsprotocoll bekundet ist, die Vertreter der Parteien hätten ihre bei den Acten befindlichen vorbereitenden Schriftsätze verlesen. Ganz abgesehen davon, daß dieses Verlesen unstatthaft war (§ 128 der CPO.), ergiebt sich daraus nicht, daß die Parteien in ihren mündlichen Ausführungen bei demjenigen, was sie in den vorbereitenden Schriftsätzen vorbrachten, verblieben sind." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 26. Octbr. 1880 in einer bayer. Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 402.

---

162. Die Berufung ist als unzulässig zu verwerfen, wenn die Berufungsschrift nicht eine ausdrückliche Ladung des Berufungsbeklagten enthält.

Insofern das OLG. die Förmlichkeiten der Berufung für gehörig beobachtet angenommen und demgemäß in der Sache selbst abändernd erkannt hat, beruht das angefochtene Urtheil auf einer Verletzung des § 479 Abs. 2 Nr. 3 bzw. des § 497 der CPO. . . . Wenn es auch seine Richtigkeit hat, daß eine bestimmte Wortform für Ladungen in der CPO. nicht vorgeschrieben ist, so muß doch bei Anwendung des § 479, wie der übrigen Bestimmungen der CPO., welche für gewisse Schriftsätze als ein Stück des wesentlichen Inhalts neben anderen eine Ladung vorschreiben, daran festgehalten werden, daß überhaupt, in irgend welchen Worten neben dem übrigen, unter bestimmte andere rechtliche Kategorieen zu bringenden Inhalt des betreffenden Schriftstücks die fragliche Ladung in dem letzteren ausgedrückt sein müsse. In der vorliegenden sog. Berufungsschrift ist nun aber neben der Erklärung, gegen das bezeichnete Urtheil Berufung einlegen zu wollen, der Ankündigung der Berufungsanträge und der Angabe geltend zu machender neuer Thatsachen und Beweismittel eine Ladung nirgends ersichtlich. Wenn das OLG. eine nothdürftig ausreichende Erklärung des Ladungswillens in der Zustellung des mit der präsidialen Terminsbestimmung bereits versehenen Schriftsatzes findet, so ist dagegen einmal einzuwenden, daß der Schriftsatz an sich, von dem doch die Terminsbestimmung des Vorsitzenden nicht etwa einen Bestandtheil bildet, nach § 479 schon die Ladung enthalten muß, und sodann, daß bei dieser Auffassung die ganze Vorschrift des § 479 Nr. 3 für jeden Fall, wo die Zustellung an einen Rechtsanwalt geschieht, also die sonst nach § 192 der CPO. für die Ladung wesentliche Aufforderung zur Anwaltsbestellung nicht erforderlich ist, aller Bedeutung entbehren würde; denn die präsidiale Terminsbestimmung wird ja vor der Zustellung stets hinzugefügt. Man würde bei dieser Auffassung eben nicht begreifen können, warum das Gesetz das

Erforderniß unter Nr. 3 in § 479 nicht überhaupt nur für die Fälle, wo die Berufungsschrift nicht einem Rechtsanwalt zugestellt wird, aufgestellt hätte. Die Betrachtung, welche für das OLG. bestimmend gewesen sein mag, nämlich daß, sobald der Gegner von der Ansetzung eines Termins in Anlaß der eingelegten Berufung benachrichtigt werde, die ausdrückliche Ladung überflüssig erscheine, da mindestens jeder Rechtsanwalt nach dem bestehenden Proceßrecht ohne Weiteres wissen müsse, daß der Termin deshalb bestimmt sei, damit der Berufungsbeklagte in demselben zur mündlichen Verhandlung erscheine, — diese Betrachtung würde nur eine legislative sein, und ist eben von dem Gesetzgeber der CPO. offenbar nicht als entscheidend angesehen worden.

Daß schon in dem bloßen Erscheinen des Berufungsbeklagten durch einen Anwalt in dem angesetzten Termin ein stillschweigender Verzicht auf die Befolgung der Vorschrift des § 479 Nr. 3 im Sinn des § 267 der CPO. liege, hat auch das OLG. nicht annehmen mögen, und in der That würde auch eine solche Auffassung ganz willkürlich sein. . . .

Wenn sonach das vorige Urtheil aufgehoben werden muß, so ergiebt sich zugleich die Nothwendigkeit, die Berufung gegen das Urtheil 1. Instanz nunmehr dem § 497 bzw. § 528 Abs. 3 Nr. 1 der CPO. gemäß als unzulässig zu verwerfen.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 29. Septbr. 1880 in einer hamburg. Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 398 ff.

---

163. Zulässigkeit der Revision wegen Auslegung einer Urkunde; Grenzen derselben.

Vgl. die folgende Nr.

„Durch das Berufungsgericht ist festgestellt, daß nach dem Willen der Parteien durch den unter ihnen abgeschlossenen Vertrag nicht bloß der dem Kläger gegen X. zustehende Forderungsanspruch an sich, sondern auch das mit demselben verknüpfte Hypothekrecht an den Beklagten verkauft werden sollte. Zu dieser Annahme leitete den Berufungsrichter einestheils der Wortlaut der Vereinbarung, wie solche in der Klage behauptet wurde, anderntheils die Erwägung der Verhältnisse, unter welchen die Uebereinkunft getroffen worden ist, da aus diesen Verhältnissen insbesondere die Folgerung abgeleitet wird, daß Beklagter bei Erwerb der Forderung . . . deren hypothekarische Versicherung zu entbehren nicht gesonnen war.

Indem § 524 der d. CPO. die gesetzliche Regel vorzeichnet, daß für die Entscheidung des Revisionsgerichts die in dem angefochtenen Urtheil gerichtlich festgestellten Thatsachen maßgebend sind, fügt die angeführte Gesetzesvorschrift die Bestimmung bei, daß außer denselben nur die im

§ 516 Nr. 2 und 3 erwähnten Thatsachen berücksichtigt werden könnten. Hiernach und im Zusammenhang mit den in § 511 und § 512 bezeichneten allgemeinen Voraussetzungen einer Revision kann also dieselbe auch darauf gestützt werden, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen festgestellt, übergangen, oder als vorgebracht angenommen wurden (§ 516 Nr. 3). In dieser Richtung hat auch Revisionskläger zunächst die erhobene Beschwerde zu begründen gesucht, indem er eine Verletzung der Bestimmungen des bayerischen Landrechts über Auslegung von Verträgen dem Berufungsgerichte zuschrieb. . . .

Die von dem Revisionskläger erörterte Frage dagegen, ob sich die von dem Berufungsgericht angewendete logische Auslegung des Vertragsinhalts auf Schlußfolgerungen stützt, welche sich nach den gegebenen Umständen auch thatsächlich rechtfertigen, ist von dem Revisionsgericht unentschieden zu lassen, weil diese Frage außerhalb der Grenzen liegt, welche für die Beurtheilung einer Sache durch das Revisionsgericht gesetzlich gezogen sind."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 16. Octbr. 1880. V. Nr. I. 3. 80.

(v. L.)

---

164. Zulässigkeit der Revision wegen Auslegung von Urkunden.

Vgl. die vorige Nr.

Es handelte sich darum, ob dem Beklagten aus gewissen dem Gericht vorgelegten Urkunden Ansprüche gegen die Kläger zustänben oder nicht. Das diese Frage in Uebereinstimmung mit dem 1. Richter verneinende Urtheil der 2. Instanz ward im Revisionswege aufgehoben. Das Reichsgericht führt aus, daß trotz der Zweifelhaftigkeit der einen Urkunde doch aus den übrigen Urkunden und dem sonstigen unstreitigen Sachverhalt nach richtigen Interpretationsgrundsätzen klar hervorgehe, daß dem Beklagten eine bestimmte Forderung an die Kläger zustehe, und fährt dann fort:

„Die Entscheidung der vorigen Instanzen, daß dem Beklagten keine weiteren Ansprüche gegen die Kläger aus den geschlossenen Vereinbarungen Anl. A bis C zustehen, ist hiernach nicht gerechtfertigt. Sie unterliegt aber auch dem Rechtsmittel der Revision, da sie nicht auf einer für das Revisionsgericht maßgebenden abweichenden Feststellung von Thatsachen in dem angefochtenen Urtheil (§ 524 der CPO.), sondern nur auf Nichtanwendung bzw. unrichtiger Anwendung von gemeinrechtlichen Rechtsnormen (§§ 511, 512, 516 Ziff. 1 der CPO.) beruht und zwar auf einer Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältniß (§ 528 Ziff. 1 der CPO.).

Der Berufungsrichter geht nämlich mit dem 1. Richter . . . von demselben Sachverhalt aus, welcher der vorstehenden Beurtheilung zum Grunde gelegt ist. Insbesondere haben ihm die in den Urkunden Anl. A bis C

niedergelegten Verträge und Erklärungen ganz so vorgelegen wie sie jetzt vorliegen, und es erhellt in keiner Weise, daß er sich thatsächlich über deren Inhalt im Irrthum befunden hat. Es ist daher von vorn herein anzunehmen, daß der Berufungsrichter bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts geirrt, durch eine unrichtige rechtliche Beurtheilung das Gesetz verletzt habe. Dies findet auch seine Bestätigung in den vom Berufungsrichter adoptirten Gründen des 1. Richters und in dem von ihm selbst noch hinzugefügten, wonach die hier fragliche Entscheidung auf der Ausführung beruht, daß der Sinn der Anl. C in sich widerspruchsvoll und pervers, und daß mit Sicherheit ein Schluß auf den Willen der Contrahenten daraus nicht zu ziehen, dieser vielmehr dunkel und die Urkunde daher zur Begründung einer Forderung des Beklagten nicht geeignet sei. . . . Hierdurch wird aber verstoßen gegen die Regeln für die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Denn bei einem zweifelhaften Wortsinn ist der wirkliche Sinn, welchen die Betheiligten mit den Worten verbunden haben, wo möglich zu ermitteln und zwar mit Rücksicht auf die Gesammtheit der in Betracht kommenden Umstände, sowie auf den Werth des Resultats und auf den übrigen unzweifelhaften Inhalt der Erklärung. Ferner sind zweifelhafte Rechtsgeschäfte so auszulegen, daß der Erklärung wo möglich ein vernünftiger, nicht aber ein unmöglicher oder erfolgloser Zweck beigelegt wird, und daß das Rechtsgeschäft thunlichst aufrecht erhalten werden kann, wobei mehr auf die erweisliche Absicht als auf den Wortlaut und buchstäblichen Sinn zu sehen ist. . . . Daß bei richtiger Anwendung dieser Grundsätze die vorigen Richter zu einer andern Entscheidung gelangt sein würden ist oben gezeigt." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 15. Mai 1880 in einer brem. Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 380 ff.

---

165. Ein neuer, die Beschwerde an das Reichsgericht rechtfertigender Beschwerdegrund liegt nicht vor, wenn das Oberlandesgericht die vom Landgericht abgeänderte Entscheidung des Amtsgerichts wiederhergestellt hat.

Vgl. Bd. 35 Nr. 328.

I. Die vorliegende Beschwerde ist gegen eine Verfügung des OLG. gerichtet, durch welche die Verfügung des LG. aufgehoben und die von letzterem aufgehobene Verfügung des AG. wiederhergestellt wurde. Dieser Beschwerde steht zwar ein selbständiger, aber kein neuer Beschwerdegrund zur Seite.

Unzweifelhaft liegt der Vorschrift des § 531 Abs. 2 der CPO. das Princip zu Grunde, daß zwei ihrem Inhalte nach gleichlautende Entscheidungen eine weitere Beschwerde ausschließen sollen. Dieses Princip der

sogenannten duae conformes hat dann, wenn drei Instanzen bestehen, die naturgemäße Folge, daß es nicht anders zur Anwendung kommen kann, als wenn zwei übereinstimmende Entscheidungen unmittelbar auf einander gefolgt sind. Allein das Wesen des gedachten Princips ist nicht hierin, sondern allein in dem gesetzgeberischen Gedanken zu suchen, daß ein weiteres Rechtsmittel nicht nöthig erscheine, wenn über den gleichen Gegenstand zweimal in gleichem Sinne entschieden worden sei. Von diesem Gedanken ausgegangen, kann es in Fällen der gerichtlichen Beschwerde, wo vier Instanzen gegeben sind, nicht darauf ankommen, ob die gleichlautenden Entscheidungen unmittelbar auf einander gefolgt sind oder nicht. Wenn und sobald im Laufe des Beschwerdeverfahrens zwei conforme Entscheidungen vorliegen, muß der weitere Beschwerdezug aufhören. Ob diese Uebereinstimmung in der 2. oder 3. Instanz erreicht wird, erscheint nicht erheblich; denn der Umstand, daß zwischen den gleichlautenden Entscheidungen der 1. und 3. Instanz eine anders lautende in Mitte liegt, beseitigt die rechtlichen Folgen der Thatsache nicht, daß mit der 3. Instanz die Conformität zweier Entscheidungen eingetreten ist. Unterliegt eine Partei in der 1. und 2. Instanz, so steht ihr nach der hierin nicht bestrittenen Vorschrift des § 531 Abs. 2 der CPO. eine weitere Beschwerde nicht zu, weil zweimal zu ihren Ungunsten entschieden worden ist. Die Partei befindet sich aber in keiner wesentlich anderen Lage, wenn erst die 3. Instanz die ihr ungünstige Entscheidung der 1. Instanz bestätigt; denn auch in diesem Fall hat sie, falls sie zur weiteren Beschwerde schreiten will, zwei conforme Entscheidungen gegen sich und kann die bloße Bestätigung einer früheren Entscheidung nicht als einen neuen, die Ergreifung der weiteren Beschwerde rechtfertigenden Beschwerdegrund geltend machen. Wollte gleichwohl in solchen Fällen im Hinblick auf die abweichende Entscheidung der Zwischeninstanz eine Anrufung der 4. Instanz gestattet werden, so würde man zu dem eines inneren Grundes entbehrenden Resultat gelangen, daß zwar eine weitere Beschwerde abgeschnitten ist, wenn das Landgericht die zweite conforme Entscheidung gefällt hat, wogegen, wenn diese Entscheidung von dem mit größeren Garantien für richtige Rechtsprechung ausgestatteten Oberlandesgericht ausgegangen ist, eine weitere Beschwerde gestattet wäre.

Beschluß des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 22. Octbr. 1880 i. S. S. w. B. St.

II. Ebenso ist entschieden vom 5. Senat des Reichsgerichts durch Beschluß v. 20. Octbr. 1880 auf Beschwerde des Mätger über einen Bescheid des OLG. Stettin. In diesem Beschluß ist u. A. ausgesprochen: „Hinzu tritt, daß die Vorschrift über die Zulassung einer weiteren Beschwerde nach Sinn und Fassung des Gesetzes den Charakter einer Ausnahmebestimmung an sich trägt, welche eine ausdehnende Auslegung nicht zuläßt. Damit

in Widerspruch würde es stehen, wollte man einen Beschwerdegrund, i in der Hauptbeziehung auf den Gegenstand der Beschwerde und die de betreffende Entscheidung die Eigenschaft der Neuheit und Selbstär fehlt, diese Eigenschaft dadurch gewinnen lassen, daß die letzte Entsch zwar in dem Rahmen des ganzen Verfahrens nicht als eine neue, doch in ihrer Beziehung zu der Entscheidung der Zwischeninstanz al andere erscheint."

III. Bei dem 1. Senat des Reichsgerichts kam folgender Fal Entscheidung:

Es handelte sich um die Festsetzung zu erstattender Anwaltsgeb Verlangt wurden die Proceßgebühr und die Verhandlungsgebühr i 32 M. Das AG. bewilligte beide Gebühren nur mit 3/10, also 19,2 das LG. beide Gebühren ganz, also 64 M.; das OLG. nur die Ver lungsgebühr mit 3/10, also 9,60 M.

Die Frage, ob die Beschwerde an das Reichsgericht auch de zulässig sei, daß nicht mehr als 19,20 M., insbesondere 64 M. zuge sei, wurde verneint, da derselbe Punct bereits einmal, nämlich dem gerichtlichen Beschluß gegenüber, den Gegenstand der Beschwerde ge habe, also für den 19,20 M. übersteigenden Betrag jetzt kein neue schwerdegrund im Sinne des § 531 Abs. 2 der CPO. gegeben sei. Beschwerdegrund sei nur neu, wenn er sich sämmtlichen in den u Instanzen ergangenen Entscheidungen gegenüber als neu darstelle.

Beschluß des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 3. Novbr. 1880 in der ham Sache Rieck w. Münster. W

---

166. Der Urkundenproceß kann auch auf nicht unterschriebene Pr urkunden gegründet werden.

Es wurden im Urkundenproceß aus Zinscoupons von Priorit obligationen einer österreichischen Eisenbahngesellschaft Zinsen eingeklagt Vorlegung der Obligationen und ohne daß die gedruckten Coupons facsimilirte oder gedruckte Unterschrift enthielten. In 2. Instanz wurde Klage als im Urkundenproceß unstatthaft abgewiesen; die Revision Klägers wurde verworfen:

„Allerdings kann der rechtlichen Auffassung des 2. Richters, daß Privaturkunden, welche der Unterschrift eines Ausstellers ermangeln, Urkundenproceß überhaupt nicht gegründet werden könne, nicht beige werden. Nach den §§ 555, 560 der CPO. wird für die Statthaftig des Urkundenprocesses nur gefordert, daß die sämmtlichen zur Begrün des Anspruchs erforderlichen Thatsachen vollständig durch Urkunden bew werden. Unter den schriftlichen Urkunden, welche im 9. Titel des 2. B

der CPO. behandelt werden, sind aber sowohl vom Aussteller unterschriebene bzw. unterzeichnete, wie solcher Unterschrift oder Unterzeichnung ermangelnde begriffen. Beide Kategorieen sind in den §§ 404, 405 als Gegenstand der dem Gegner obliegenden Erklärungspflicht und des Echtheitsbeweises hingestellt. Allerdings ist nur den unterschriebenen Urkunden eine formelle Beweiskraft in dem Sinn beigelegt (§ 381), daß der Richter bei ihnen den vollen Beweis dafür, daß die in denselben enthaltenen Aeußerungen perfecte, abgeschlossene Erklärungen des Ausstellers seien, als erbracht anzusehen hat, während mangels der Unterschrift es der freien Würdigung des Richters untersteht (§ 259), ob die geschriebenen Worte eine perfecte, abgeschlossene Erklärung ihres Urhebers darstellen. Aber in den Vorschriften über den Urkundenproceß ist nirgends eine Einschränkung enthalten, nach welcher der Urkundenproceß nur auf solche Urkunden, die der Richter vermöge einer formellen Beweiskraftsregel der CPO. für irgend etwas als beweisend ansehen müsse, und nicht auf solche, bei denen die ganze Beweiskraft seiner freien Würdigung überlassen sei, auch wenn er sie dennoch als beweisend ansehe, gestützt werden könnte. Vielmehr läßt sich gerade aus einer Vergleichung der CPO. mit früheren Entwürfen ersehen, daß solche Einschränkung nicht gewollt ist, und daß, wie ungewöhnlich dies auch vom Standpunct des früheren Executivprocesses erscheinen mag, es dem Standpunct der CPO. entspricht, wenn erst zugleich mit der freien Würdigung, ob der Beweis der den Anspruch begründenden Thatsachen durch Urkunden geführt sei, auch über die Statthaftigkeit des Urkundenprocesses entschieden wird. Darüber kann kein Zweifel sein, daß die Prüfung der Statthaftigkeit des Urkundenprocesses erst unmittelbar vor Erlaß des Urtheils einzutreten hat (Motive S. 353). Nach früheren Entwürfen sollten auch über die materielle Beweiskraft der Urkunden positive Bestimmungen getroffen werden, und es sollte in Bezug auf Rechtsgeschäfte den solche zum Gegenstand habenden unterschriebenen Willenserklärungen, in Bezug auf Thatsachen den Geständnisse von Thatsachen zum Gegenstand habenden unterschriebenen Erklärungen, ersteren unbeschränkt, letzteren zu Gunsten desjenigen, dem die Urkunde ausgestellt worden, und gegen den Aussteller und dessen Rechtsnachfolger, volle Beweiskraft durch ausdrückliche Bestimmungen zugesprochen werden. Entsprechend dieser ausdrücklichen Hervorhebung bestimmter Urkunden mit zuerkannter voller materieller Beweiskraft gegenüber anderen, deren Beweiskraft der freien Würdigung anheimfiel, sollte der Urkundenproceß nur auf Grund ersterer Urkunden statthaft sein, was durch Allegirung der entsprechenden, jene qualificirten Urkunden betreffenden Bestimmungen aus den Vorschriften über Urkunden*beweis* in der den Urkunden*proceß* betreffenden Vorschrift zum Ausdruck gebracht wurde (vgl. §§ 537, 538, 649 des norddeutschen Entwurfs zur CPO. und §§ 371, 473 des sog. hannöv. Entw.). Die Reichs-Civilproceßordnung hat

es aber aufgegeben, bindende Vorschriften über die materielle Bew zu erlassen, und hat diese der freien richterlichen Würdigung anheimg Demnach giebt es keine Urkunden, deren volle materielle Beweisfähig Vehicels der richterlichen Würdigung entbehren kann. Als Consequen Aenderung ist es aber nur anzusehen, wenn dem entsprechend der Ur proceß nicht auf bestimmte Urkunden . . . eingeschränkt ist, was sich durch Weglassung jedes beschränkenden Allegats im § 555 ergiebt.

Kann hiernach der Urkundenproceß nicht deshalb schlechthin für haft erklärt werden, weil die Urkunden, auf welche der Anspruch wird, nicht unterschrieben sind, kommt es vielmehr darauf an, ob tr Mangels der Richter lediglich aus den Urkunden den Beweis eines deten Anspruchs schöpft, so würde es im vorliegenden Fall dar kommen, ob der Richter aus den vorgelegten Urkunden den Be schöpfen vermöchte, einmal daß die vorgelegten „Interessen-Coupons Echtheit Beklagte anerkannt hat, perfecte, abgeschlossene Erklärun stellten, ferner daß sie im Sinn von Verpflichtungserklärungen klagten, die bezeichneten Summen an den Inhaber zu zahlen, oder die Legitimationszeichen für Geltendmachung der in andern vo Urkunden enthaltenen Verpflichtungen aufzufassen wären, und daß pflichtungen in der vorliegenden Form auch nach materiellem Rec verbindlich wären."

Die Möglichkeit, den letztgedachten Beweis aus den vorgelegten zu schöpfen, sei aber schon vom Vorderrichter verneint.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 23. Octbr. 1880 in ein Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 415 ff.

---

167. Im Urkundenproceß müssen die Klagebehauptungen, ein der Legitimation des Klägers, bereits mit dem Klageschriftsatz u dargelegt sein.

Die CPO. hat den Urkunden- und Wechselproceß nicht in Ans äußeren Verfahrens, sondern in Betracht der Liquidstellung der S für Klage und Einrede von dem ordentlichen Proceß unterschieden, denselben nur gestattet, wenn der Anspruch auf Zahlung einer bestimm summe oder auf Leistung einer vertretbaren Sache gerichtet ist, u sämmtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsach Urkunden bewiesen werden können (§ 555). In gleicher Weise ist das recht durch die sofortige Liquidstellung durch Urkunden und Eidesz begrenzt (§§ 558, 561). Mit dieser processualen Pflicht der Liqu steht auch in Beziehung das Verfahren bei Mittheilung der Urk die Gegenpartei. Während bei dem gewöhnlichen Proceßverfahren

tretung des Beweises durch Vorlegung der Urkunden (Production), nach dem Grundsatz der Mündlichkeit und der Beweisverbindung, in der mündlichen Verhandlung erfolgt (§§ 385, 119, 251 ff., 255, 320, 399 der CPO.) und die instructionelle Vorschrift des § 122, wonach dem vorbereitenden Schriftsatz die in Bezug genommenen Urkunden nach Wahl der Partei in Ur- oder Abschrift beigefügt und dem Gegner mit zugestellt werden sollen (§§ 155, 156, 173), nur den Zweck hat, dem Gegner vorbereitende Gelegenheit zur Erklärung und zu dem möglichen Antrage auf Niederlegung der Urkunden auf der Gerichtsschreiberei zu geben (§ 125), schreibt der § 556, in Würdigung des unterschiedlichen Zwecks der Urkunden für den Urkunden- und Wechselproceß, vor, daß die Urkunden, welche zur Begründung des Klaganspruchs dienen, in Urschrift oder Abschrift der Klage beigefügt werden müssen. Die Existenz der Urkunden ist daher im Urkundenstreit — und durch Wahl dieser Proceßart unterwirft sich der Kläger dieser eigenartigen Einschränkung — Bedingung des klägerischen Proceßrechts, und die Beifügung der Urkunden sowie die Mittheilung derselben an den Gegner dergestalt obligatorisch, daß eine Nachbringung der Urkunden im Proceß, wenigstens wenn der Mangel gerügt worden (§ 267), unzulässig, der Urkundenproceß daher, beim Mangel jener Voraussetzung, unstatthaft erscheint:

Struckmann u. Koch CPO. 3. Aufl. S. 524; Endemann CPO. Bd. 1 S. 539, 540; Petersen CPO. Bd. 2 S. 447; Hellmann CPO. Bd. 2 S. 511; Sarwey CPO. Bd. 2 S. 8; Fitting zur Einführung in die Reichsgerichtsverf. S. 96; v. Wilmowski u. Löwy CPO. S. 432.

Nun stellt der Berufungsrichter fest, daß der Kläger zwar der Urschrift seines vorbereitenden Schriftsatzes eine vollständige Abschrift des Klagewechsels und Protestes, also einschließlich des den Kläger, als Inhaber, legitimirenden auf dem Wechsel befindlichen Blancogiros, beigefügt hat, daß aber in der Abschrift des Wechsels und Protestes, welche der Beklagten mit Abschrift der vorbereitenden Klageschrift zugestellt worden ist, jenes Blancogiro des Ausstellers gefehlt hat. Es muß dem Berufungsrichter darin beigetreten werden, daß diese Beurkundung eine mangelhafte war und nicht geeignet ist, den Anspruch des Klägers zum Urkundenproceß zu qualificiren. Denn nach § 555 der CPO. müssen für diese Proceßart alle zur Begründung des Klaganspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden erwiesen werden, daher auch alle nebensächlichen Elemente, nicht bloß der Hauptanspruch, und somit insbesondere auch die Sachlegitimation des Klägers, d. h. die Berechtigung des Klägers zur Geltendmachung des erhobenen Anspruchs. Die der Beklagten mit der Klage zugestellte Abschrift des Wechsels ergiebt aber beim Mangel des Blancogiros keinen urkundlichen Beweis für die Legitimation des Klägers, und ein Urkundenbeweis ist daher nach dieser Richtung hin überhaupt nicht angetreten und nicht geführt (§ 560 a. a. O.). Die Pflicht zu dieser urkundlichen Liquidstellung war

aber, abweichend vom ordentlichen Proceßverfahren, im Urkundenstreit schon z. B. der Klagerhebung, d. h. in dem Zeitpunct der Zustellung des vorbereitenden Klageschriftsatzes an die Beklagte (§§ 230, 560 a. a. O.) vorhanden, und ob sie erfüllt ist, das läßt sich nur prüfen und beurtheilen nach dem Inhalt der der Beklagten im Zweck der Klagerhebung zugestellten beglaubigten Abschrift des Schriftsatzes, nicht nach dem Inhalt der, der Beklagten nicht zugänglich gemachten Urschrift des Schriftsatzes (§§ 152, 153, 155, 156 a. a. O.). Eine Ergänzung dieses mangelhaft, d. h. nicht bei Erhebung der Klage durch Zustellung an die Beklagte urkundlich erbrachten Beweises durch Production der vollständigen Originalurkunde im Termin zur mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz ist — es kann dahingestellt bleiben ob überhaupt — aber jedenfalls unzulässig, nachdem die Beklagte den Mangel der Beurkundung schon in 1. Instanz gerügt hat (§ 267 a. a. O.).

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 8. Decbr. 1880 in einer preuß. (landrechtl.) Sache. Annalen des RG. Bd. 3 S. 113 ff.

---

168. Geltendmachung neuer Einreden des im Wechselproceß verurtheilten Beklagten im Nachverfahren.

Der im Wechselproceß zur Zahlung verurtheilte Beklagte machte in der ihm (nach § 562 der CPO.) vorbehaltenen Ausführung seiner Rechte geltend, er habe den der Klage zum Grunde gelegten Wechsel in dem entschuldbaren Irrthum acceptirt, dem Kläger S. aus einem früheren Wechsel noch die Wechselsumme zu schulden; in der That aber sei dieser frühere Wechsel für ihn unverbindlich gewesen oder doch geworden, weil der Domicilvermerk erst nach seiner Acceptation und ohne sein Wissen darauf gesetzt, eventuell weil der frühere Wechsel als Domicilwechsel in Folge der Versäumung der Protesterhebung präjudicirt gewesen sei. In 1. Instanz mit diesen Einwendungen abgewiesen ließ Beklagter in der Berufungsinstanz jene Behauptung von der nachträglichen Hinzufügung des Domicilvermerks fallen, behauptete dagegen nunmehr, er habe den neuen Wechsel nur deshalb acceptirt, weil er durch den Kläger in näher beschriebener Art doloser Weise in den Irrthum versetzt sei, daß er aus dem alten Wechsel noch hafte. — Das Berufungsgericht sprach aus:

Wenn der Beklagte seine frühere Vertheidigung, darauf gegründet, daß der Domicilvermerk auf den Wechsel vom 4. September 1879 erst nach seiner Acceptation gesetzt sei, gegenwärtig verlassen und statt dessen behauptet hat, dieser Wechsel habe als ein wirklich domicilirter Wechsel zur Verfallzeit protestirt werden müssen, so kann dieses und ebenso die nunmehrige Berufung des Beklagten auf einen dolus des Klägers als processualisch unzulässig

nicht betrachtet werden. Nach § 563 der CPO. bleibt der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig, wenn dem Beklagten im Urkunden- oder Wechselproceß die Ausführung seiner Rechte vorbehalten ist. Das bisherige Verfahren setzt sich also ohne Veränderung der Parteirollen unmittelbar im ordentlichen Proceß fort, und daraus folgt, was auch die Regierungsmotive deutlich besagen, daß der Beklagte bei der vorbehaltenen Ausführung seiner Rechte nicht etwa durch das Verbot der Klagänderung in der Wahl neuer Vertheidigungsmittel beschränkt sein kann, vielmehr auch solche Einwendungen, welche in dem vorausgegangenen Urkunden- oder Wechselproceß überall noch nicht erhoben sind, vielleicht sogar den früher erhobenen in ihrer thatsächlichen Begründung widersprechen, noch vorzuschützen befugt ist. Ebenso wenig steht es hier dem Beklagten entgegen, daß er sein jetziges thatsächliches Vorbringen noch nicht in der 1. Instanz des vorbehaltenen Verfahrens geltend gemacht hat, da er einen neuen Anspruch gegenwärtig nicht erhebt, sondern nach wie vor nur den Klaganspruch, wenn auch mittels einer neuen Einrede, bestreitet und dessen Abweisung erreichen will (§ 491 der CPO.). Endlich ist auch nicht etwa die Zurücknahme eines Geständnisses darin zu befinden, wenn Beklagter die früher aufgestellte, vom Kläger bestrittene Behauptung, daß der Wechsel vom 4. September 1879 bei seiner Acceptation noch nicht domicilirt gewesen sei, jetzt aufgegeben und eine Vertheidigung, welche sich auf die entgegengesetzte thatsächliche Annahme gründet, eingeschlagen hat.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 9. Novbr 1880 i. S. Münte w. Albr. Selberg. W.

---

169. Widerspruch des Concursverwalters der schuldnerischen Masse gegen die Zwangsvollstreckung; Gerichtsstand für die desfallsige Klage. (CPO. § 690.)

„Behauptet ein Dritter, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gericht geltend zu machen, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt" (CPO. § 690 Abs. 1). Deshalb hat der klagende Concursverwalter bei dem LG. zu Guben die Klage angestellt, in welcher er die Beseitigung der Rechte, welche die beklagte Handlung aus der Zwangsvollstreckung vom 13. November 1879 an gewissen dem Gemeinschuldner gehörigen Sachen erlangt hat, und deren Herausgabe zur Concursmasse verlangt. — Die Revisionsklägerin erachtet den Concursverwalter nicht als „einen Dritten" im Sinn des § 690 der CPO. und folgert hieraus, daß die Klage in ihrem persönlichen Gerichtsstande anzustellen sei. Diese Ansicht ist nicht haltbar.

„Mit der Eröffnung des Concurses verliert der Gemeinschuldner die Befugniß, sein zur Concursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Concursverwalter ausgeübt“ (CO. § 5). Auf Grund dieses Verwaltungs- und Verfügungsrechts ist der Verwalter befugt, schwebende Rechtsstreitigkeiten aufzunehmen (§ 8), das zur Concursmasse gehörige Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen (§ 107), auch bezüglich der Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Concurses vorgenommen sind, ein etwa statthaftes Anfechtungsrecht auszuüben (§§ 22, namentlich § 29). Insoweit er bei diesen bei Constituirung der Concursmasse ihm zustehenden Rechten und Pflichten im Interesse der Masse mit dem Gemeinschuldner oder solchen Personen in Conflict geräth, welche von diesem Rechte herleiten, ist er eine von dem Gemeinschuldner verschiedene Person, „ein Dritter“ im Sinn des § 690 der CPO., und er behauptet, auf Grund der ihm obliegenden Ausübung des Anfechtungsrechts (CO. § 29) an den gepfändeten Sachen ein solches die Veräußerung hinderndes Recht zu haben, wie der § 690 Abs. 1 der CPO. voraussetzt.

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 3. Novbr. 1880 in der preuß. Sache Finke u. Weinlig w. Högelmann. Wck.

---

170. Auch eine Arrestvollziehung wider den Gemeinschuldner ist nach § 23 Nr. 2 der Concursordnung anfechtbar.

In den Gründen des Berufungsgerichts war ausgeführt, daß die Vorschriften der CO. § 23 Nr. 2 auch auf eine durch Arrestvollziehung erwirkte Rechtshandlung, die ohne oder wider den Willen des Gemeinschuldners erfolgt sei, Anwendung finde. Auf die hiergegen eingelegte Revision wurde entschieden:

„Der dem Berufungsgericht gemachte Vorwurf einer unrichtigen Anwendung und Auslegung der §§ 22, 23 Nr. 2, 28 der d. CO. ist nicht begründet. — Die Ausführung der Beschwerde geht dahin, daß nach dem Laut und Sinn jener Vorschriften Rechtshandlungen, bei denen der Gemeinschuldner in keiner Weise mitgewirkt hat, einer Anfechtung nicht unterliegen.

Der Wortlaut unterstützt diese Ansicht nicht. Der § 22 a. a. O. bezeichnet die vor der Concurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen überhaupt als anfechtbar, und der § 23 unterscheidet bei der näheren Bestimmung anfechtbarer Rechtsacte die von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtsgeschäfte und erfolgte Rechtshandlungen ohne Rücksicht auf den Handelnden. Ueber den Sinn dieser Unterscheidung, den Zusammenhang der Anfechtungsbestimmungen und den Grund der Vorschriften der §§ 23, 28 geben die Motive zum Entwurf der CO. (gedruckt Berlin 1875) und die Verhandlungen der Reichstagscommission vollständige Auskunft.

Der allgemeine Grund der Bestimmungen über die Anfechtung im Concurse beruht nach den Motiven (S. 111—112) in dem Gedanken, daß bei materiell vorhandenem Concurse die Gläubiger ein Recht auf gemeinsame Befriedigung aus der vorhandenen Vermögensmasse haben, dieses Recht durch eine absichtliche vorzugsweise Befriedigung einzelner Gläubiger verletzt werde und daher die darauf abzielenden bewußten Handlungen, gleichviel ob sie vom Gläubiger oder Schuldner ausgehen, vom Gesetz getroffen werden müssen. In diesem Sinn war der unverändert gebliebene § 22 des Entwurfs und der § 23 desselben, welcher als anfechtbar bezeichnete: „die von dem Gemeinschuldner an einen Concursgläubiger vorgenommenen Leistungen, wenn der andere Theil . . . die Leistung in Empfang nahm" und „die . . . vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche einem Concursgläubiger eine, nicht zu beanspruchende, Sicherung oder Befriedigung gewähren", aufzufassen, und die Motive (S. 119—120) bemerkten dazu ausdrücklich, daß es gleichstehe, ob die verletzende Leistung freiwillig oder auf Drängen des Gläubigers oder im Wege der Zwangsvollstreckung und des Arrestes erfolgt sei, ob der Gläubiger die Leistung vom Schuldner annehme oder sie demselben abzwinge, da auch in letzterem Fall der Schuldner sie durch Vertretung aus seinem Vermögen leiste; der hiervon abweichenden, auf der preuß. CO. beruhenden Rechtsprechung müsse entgegengetreten werden, und der § 28 des Entwurfs (welcher unverändert in das Gesetz übergegangen ist) würde in dieser Beziehung jeden Zweifel abschneiden; nach diesem § 28 sei es gleichgültig, ob für die anzufechtende Handlung schon ein vollstreckbarer Titel erlangt war und ob sie rechtlich erzwungen werden konnte, und insofern entspreche er auch den in der preuß. CO. enthaltenen Grundsätzen (S. 144 das.). Diese deutlichen Erklärungen befriedigten aber der Fassung des Entwurfs gegenüber die Reichstagscommission bei der Berathung des Gesetzes nicht. Diese setzte vielmehr, „um zu constatiren, daß unter § 23 auch die durch Vermittelung des Gesetzes vollstreckte Sicherung und Befriedigung falle", die jetzige Fassung des Gesetzes in § 23 an die Stelle des Entwurfs, und damit ist auch die Meinung, daß § 23 nur Rechtshandlungen, bei denen der Schuldner sich betheiligte, im Auge habe, gänzlich unhaltbar geworden:

vgl. Petersen Concursordnung S. 133—134, 160; Sarwey dieselbe S. 132, 136; v. Wilmowski dieselbe S. 112 u. 113; v. Völderndorff CO. Bd. 1 S. 276, 333.

Insbesondere läßt sich für diese Auffassung nicht aus dem Schluß des § 23 Nr. 2, wonach der betreffende Gläubiger sein Wissen um eine Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners zu widerlegen hat, ein Argument herleiten. Dieser Gegenbeweis bezieht sich auf diejenige mögliche Collusion von Gläubiger und Schuldner, welche schon binnen der kritischen Zeit vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage stattgefunden hat (Sarwey a. a. O. S. 141). Ob er in Bezug auf eine vom Gläubiger

erzwungene Rechtshandlung undenkbar ist und die Collusionsa
durch die Beschaffenheit der Handlung widerlegt wird, kann s
Einzelfall beurtheilen lassen. Könnte aber auch eine dahingehende
Behauptung aufgestellt werden, so würde sich daraus doch n
Schluß ziehen lassen, daß der § 23 a. a. O. erzwungene Rechtsh
nicht zum Gegenstand habe, und daß dieselben unanfechtbar
wenn sie der Gläubiger in voller Kenntniß der geschehenen Za
stellung und des Antrags auf Concurseröffnung veranlaßt hat.

Kann hiernach von der seitens des Revisionsklägers behaup
schränkung des Gegenstandes der Anfechtung nicht die Rede sein,
bei dem Thatbestande des Vorderurtels Bedenken gegen die Ann
des § 23 Nr. 2 a. a. O. nicht vorhanden sein. Der Beklagte
der kritischen Frist und sogar nach der Zahlungseinstellung de
schuldners einen durch Abpfändung von Sachen vollzogenen, ein
(§ 810, 709 der CPO.) begründenden Arrest erwirkt. Er hatte di
stellung für seinen Anspruch auf Wechseleinlösung, selbst wen
fällig war, zur Zeit der Arrestlegung nicht zu beanspruchen, weil
pflichtung des Schuldners zu solcher Sicherstellung damals nich

v. Wilmowski a. a. O. S. 113; Petersen a. a. O. S. 135; Motive a. a

und er hat den Beweis seines guten Glaubens zu führen ni
versucht. Die Beschlagnahme der Eisenwaaren ist daher mit
den Concursgläubigern gegenüber unwirksam erklärt, und aufgeho
es auch der Aufhebung des diese Gläubiger nicht berührenden r
Arrestbeschlusses nicht bedurfte."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 2. Juni 1880 in der pr
Schöneweiß w. Goparten als Verwalter des Concurses La
Winkhaus.

---

171. Zwangsvergleich im Concurse. Nach früherem gemei
waren heimliche Nebenversprechungen Dritter an einzelne
nicht unerlaubt.

Vgl. Nr. 91 mit Nachw.

Die beklagte Ehefrau des Gemeinschuldners hatte dem Kläg
der meistbetheiligten Gläubiger, heimlich eine Nebenabfindung ü
hinaus, zu welchem Satz der Zwangsvergleich geschlossen werden
geschlossen wurde, versprochen. Als Kläger auf Zahlung a
Versprechen klagte, behauptete die Beklagte die Ungültigkeit des Ver
wurde aber mit diesem Einwand höchstrichterlich enthört. Es w
gesprochen:

„Es mag zunächst bemerkt werden, daß die Zwangsnatur des
vergleichs keineswegs in allen deutschen Ländern gemeinen Rechts

ist, und daß in denjenigen Ländern, in welchen sie nicht anerkannt ist, die Gültigkeit eines Uebereinkommens, nach welchem einem Gläubiger höhere Procente als den andern Gläubigern bewilligt werden, anders zu beurtheilen sein wird als in denjenigen Ländern, in welchen die Zwangsnatur anerkannt ist (vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 22 S. 164 ff.); es wird daher schon bedenklich sein, die Unwirksamkeit solcher Uebereinkommen allgemein nach gemeinem Recht zu behaupten. Aber auch da, wo, wie der Berufungsrichter in Bezug auf Frankfurt richtig feststellt, die Minderheit der Gläubiger sich dem, einen Nachlaßvergleich betreffenden Beschluß der Mehrheit fügen muß, ist die Ungültigkeit eines Uebereinkommens des fraglichen Inhalts in dem Umfange, wie der Berufungsrichter annimmt, im gemeinen Recht keineswegs anerkannt. Es kann hier unentschieden bleiben, ob dort Verträge zwischen dem Gemeinschuldner und einem Gläubiger, wodurch dem Letzteren größere Vortheile als den andern Gläubigern bewilligt werden und die Letzteren in den Irrthum versetzt werden, daß alle Gläubiger gleich behandelt werden, unbedingt jeder rechtlichen Wirkung entbehren und der begünstigte Gläubiger sich mit denselben Procenten wie die andern Gläubiger begnügen muß. Denn es handelt sich hier nicht um einen solchen Vertrag zwischen dem Kläger und dem Gemeinschuldner, sondern um einen Vertrag des Klägers mit der Ehefrau des Gemeinschuldners, also mit einer Dritten, über deren Vermögen der Concurs nicht eröffnet ist. Daß solche Verträge, wodurch ein Dritter einem Gläubiger des Gemeinschuldners, um diesen zum Beitritt zu einem Nachlaßvergleich zu bewegen, ohne Wissen der andern Gläubiger Versprechungen macht, unverbindlich seien, ist als Satz des gemeinen Rechts nicht anzuerkennen. Allerdings sind die Verfasser der Motive zur RCO., auf welche der vorige Richter sich beruft, der Meinung gewesen, daß dasjenige, was der § 168 der RCO. auch in Bezug auf solche Verträge mit Dritten statuirt, schon gemeinrechtlich anerkannt sei. Diese Meinung ist aber nicht für richtig zu erachten, sie findet vielmehr ihre Widerlegung in denjenigen Schriften, welche die Verfasser der Motive für ihre Behauptung in Bezug nehmen. So wird in Seuffert Blätter für Rechtsanwendung Bd. 7 S. 133—135 eine Entscheidung des höchsten bayerischen Gerichtshofs mitgetheilt, wonach zwar ein Vertrag des fraglichen Inhalts zwischen dem Gemeinschuldner und einem Gläubiger für wirkungslos erklärt, dann aber hinzugefügt wird, daß diese Grundsätze keineswegs in dem Fall zur Anwendung kommen, wenn Dritte sich der Arrangirung eines Schuldenwesens unterziehen und hierbei einzelnen Gläubigern neben den ostensiblen Propositionen insgeheim besondere Vergünstigungen bieten. Als Grund für diese Annahme wird außer einer particularrechtlichen Vorschrift noch geltend gemacht, daß solche Dritte in Bezug auf die Mittel zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten nicht auf die vorliegende Debitmasse beschränkt seien und daher diejenige Summe, welche sie einzelnen

Creditoren über die den übrigen Betheiligten offerirten Dividend
sichert haben, in keiner Hinsicht eine portio, quam ceteri creditores
laturi (fr. 24 quae in fraudem creditorum 42. 8) sei. Aus
Gründen verneint auch Sarwey im Württembergischen Archiv Bd. 3
das Recht zur Anfechtung eines Vertrags, wodurch nicht der
schuldner, sondern ein Dritter, welcher sich der Arrangirung des S
wesens unterziehe, einem Gläubiger Vergünstigungen gewähre; er
in solchem Fall nur den majorisirten Gläubigern ein Recht zur An
des Erkenntnisses unter den Voraussetzungen der Wiedereinsetzung
vorigen Stand. Von besonderer Bedeutung ist aber, daß die Fra
Reformation (Thl. 2 Tit. 27 §§ 10, 11) solche Nebenverträge nur n
zwischen dem Schuldmann und einem Gläubiger, nicht wenn sie
einem Gläubiger und einem Dritten geschlossen werden, verbietet u
deren Bestimmungen auch in der Praxis in dem angegebenen Sinn geh
sind (vgl. Wolff in Hinschius Zeitschrift für Gesetzgebung und
pflege Bd. 1 S. 187 N. 51; Bender frankfurter Privatrecht S. 4
Nr. 4 u. N. 6). Man hat es nicht verboten und unsittlich erachte
ein Gläubiger den in Folge des Nachlaßvertrages erlittenen Schad
andere erlaubte, nicht zum Nachtheil der übrigen Gläubiger ger
Weise decke, und zu diesen erlaubten Weisen hat man es namentlich ge
daß ein Gläubiger sich von einem Dritten den Ersatz des Verlustes ver
ließ. Dies ist namentlich bezüglich eines von einem Gläubiger n
Vater des Gemeinschuldners abgeschlossenen Vertrags angenommen, u
bezüglich der Ehefrau wird ein Anderes nicht anzunehmen sein; w
auch persönlich und vermöge des frankfurter Güterrechts dem Eh
noch so nahe stehen mag, so ist sie doch nicht Mit-Gemeinschuldneri
Dritte im Sinn des Gesetzes. Der § 168 der RKO. beruht auf
Anschauungen, welche aber bei der Entscheidung älterer Fälle um so
maßgebend zu erachten sind, als das Institut des Zwangsvergleichs die
nach Voraussetzungen und rechtlichen Folgen sich von dem Nachlaßv
des gemeinen Rechts auch da, wo der Mehrheitsbeschluß als die Min
verbindend anerkannt ist, unterscheidet. Die Vorschrift des § 168 ist
über dem gemeinen Recht und den älteren Particularrechten bezügl
Verträge mit Dritten eine neue." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 30. Juni 1880 in einer fra
Sache. Annalen des RG. Bd. 2 S. 274 ff.

I. Civilrecht.

172. Erforderniſſe des Herkommens als Gewohnheitsrechts.

Vgl. Bd. 19 Nr. 104 mit Nachw.; Bd. 21 Nr. 10, 201; Bd. 28 Nr. 98; Bd. 29 Nr. 209.

Von der den königl. Fiscus auf Erfüllung der Baupflicht verklagenden Kirchenſtiftung war u. A. der Titel des Herkommens geltend gemacht worden. Gegen die Zurückweiſung dieſes Titels durch das Berufungsgericht war Nichtigkeitsbeſchwerde erhoben, weil dadurch die bezüglich dieſes Rechtsinſtituts beſtehenden Normen fr. 32 u. 35 de legib. 1. 3 und const. 1—3 quae sit long. cons. 8. 53 verletzt ſeien. Oberſtrichterliche Gründe führen hierüber aus:

An den bezeichneten Stellen des Pandektenrechts wird von dem Gewohnheitsrecht und deſſen rechtlicher Bedeutung gehandelt. Ein ſolches ſteht hier nicht in Frage. Denn die Klagpartei gründet den Titel des Herkommens nur auf die von dem Fiscus und deſſen Rechtsvorfahren für die Pfarrkirche B. von jeher geleiſteten Bauverwendungen. Die bezüglich eines einzelnen Objects herrſchende Uebung reicht aber für die Bildung eines Gewohnheitsrechts nicht aus. An den bezeichneten Stellen wird die Bedeutung des Gewohnheitsrechts erläutert: „ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes“; dann: „ea quae longa consuetudine comprobata sunt . . . veluti tacita civium conventio; ferner: quae in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt“; es iſt hiernach vorausgeſetzt, daß die Norm, welche als Gewohnheitsrecht gelten ſoll, in einer Mehrzahl gleichartiger Fälle, beruhend auf der rechtlichen Ueberzeugung des Volks, ſei es nun in einem weiteren oder engeren Kreiſe, gleichmäßig und wiederholt beobachtet wurde. Handelt es ſich aber darum, aus der langen Dauer einer Uebung in Beziehung auf ein individuell beſtimmtes Object und zwiſchen den nämlichen Rechtsſubjecten die Rechtmäßigkeit des daraus hervorgegangenen Zuſtandes zu folgern, dann fällt das ſogenannte Herkommen mit der Verjährung zuſammen.

Urtheil des oberſten LG. f. Bayern v. 13. Jan. 1881. HV. Nr. 5781.

v. L.

173. Handelsusance ist nicht immer Gewohnheitsrecht.

Vgl. Bd. 15 Nr. 46 N. 2; Bd. 33 Nr. 183 mit Nachw.

Der Appell.-Richter geht davon aus, daß Kläger unbestritten d zwischen der Beklagten und dem Gärtner R. abgeschlossenen Verträge, b treffend den Verkauf eines Geschäfts und die Vermiethung eines Geschäfts locals vermittelt hat, und daß ihm für seine Thätigkeit als Makler di usancemäßige Courtage zusteht. Als solche bezeichnet Kläger 2% von jedem Contrahenten, und berechnet seine Forderung incl. 2,25 ℳ Stempelauslagen auf 373,25 ℳ. Beklagte hat ihm 200 ℳ gezahlt, hält diesen Betrag für angemessen und bestreitet eine höhere Usance.

Der Appell.-Richter hat die Klage abgewiesen. Er führt aus, daß die Vergütung des Klägers durch Vereinbarung nicht bestimmt ist, daß eine maßgebende Taxe nicht besteht, und daß Kläger Thatsachen in Betreff des Umfangs seiner Mühewaltung, welche einen höhern als den von der Beklagten gezahlten Betrag rechtfertigen, nicht angeführt hat. Er hält zwar für denkbar, daß auch durch Usance die Gebühr des Maklers ein- für allemal bestimmt werden könne, nimmt jedoch an, daß eine solche vom Kläger nicht bewiesen sei. Die Motivirung seiner Entscheidung läßt keinen Zweifel darüber, daß er Usance im Sinne von Gewohnheitsrecht versteht. Dafür spricht namentlich, daß er den Nachweis von Umständen verlangt, welche ergeben, daß das Verlangen bzw. Bezahlen der festen Vergütung in Anerkennung eines desfallsigen rechtlichen Anspruchs bzw. einer desfallsigen Verpflichtung stattgefunden hat.

Die Beschwerde des Klägers, daß der Appell.-Richter durch diese Ausführung gegen Rechtsgrundsätze verstoßen habe, erscheint begründet. Der Ausdruck Usance ist nicht gleichbedeutend mit Gewohnheitsrecht. Er bezeichnet vielmehr auch diejenigen Handelsgebräuche, welche thatsächlich geübt werden, ohne die Ueberzeugung, daß sie einem vorhandenen Rechtssatze entsprechen. In letzterem Sinn gehören die Usancen nicht zu den objectiven Rechtsnormen, sondern bilden einen Theil der Willenserklärung der Contrahenten. Wer sich verpflichtet, usancemäßig zu leisten, verspricht damit dasjenige, was nach thatsächlich geübtem Geschäftsgebrauch in Fällen ähnlicher Art regelmäßig geleistet wird. Für den Umfang dieser Verpflichtung bildet der in dem Vertrage geeinigte Wille der Contrahenten, nicht ein bestehender allgemeiner Rechtssatz die Norm.

Nur in letzterem Sinn kann, wie die Nichtigkeitsbeschwerde zutreffend ausführt, die Behauptung des Klägers, daß seine Forderung usancemäßig sei, verstanden werden. Kläger verlangt nicht denjenigen Betrag, welcher zufolge Gewohnheitsrechts für die hier fragliche Vermittlung geleistet werden muß, sondern denjenigen, welcher thatsächlich von andern Parteien in ähnlichen Fällen geleistet ist. Die Annahme des Appell.-Richters, d

eine Usance nur festgestellt werden könne, wenn das Verlangen und das Geben eines bestimmten Courtagesatzes in der Ueberzeugung von der Berechtigung und Verpflichtung dazu erfolgen, verstößt gegen die hier gemeinte engere Bedeutung des Begriffs Usance und verletzt einen Rechtsgrundsatz, insofern der Appell.-Richter zum Thatbestand der Usance ein Merkmal erfordert, welches demselben fremd ist.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 8. Febr. 1881 in der preuß. (holstein.) Sache Hüffler w. Pommrenke. St.

---

174. Legitimation durch nachfolgende Ehe; Beweisfragen.

Vgl. Bd. 1 Nr. 163; Bd. 3 Nr. 299; Bd. 11 Nr. 10; Bd. 12 Nr. 244; Bd. 13 Nr. 232; Bd. 21 Nr. 200; Bd. 22 Nr. 287, 288; Bd. 24 Nr. 242.

Die voreheliche Tochter der ersten Ehefrau des Erblassers machte gegen die zweite, im Besitz des Nachlasses befindliche Ehefrau desselben ein Miterbrecht geltend, indem sie behauptete, eine durch nachfolgende Ehe legitimirte Tochter des Verstorbenen zu sein. Ueber die in Betracht kommenden Beweisfragen wurde in den Entscheidungsgründen der 3. Instanz Folgendes ausgeführt:

„Nach heutigem Recht setzt die Legitimation durch nachfolgende Ehe voraus, daß das zu legitimirende Kind von den nachherigen Eheleuten wirklich abstammt, d. h. vorehelich erzeugt ist. Die Schwierigkeit dieses Beweises hat indeß dahin geführt, daß man die (selbst nur stillschweigende) Anerkennung des Kindes als seines eigenen durch den nachherigen Ehemann, obwohl nur ein Indicium für die Abstammung, zur Führung desselben, — auch Dritten gegenüber —, jedoch selbstverständlich mit Vorbehalt des Gegenbeweises, daß der Anerkennung ungeachtet das Kind dennoch nicht von dem betreffenden Ehemann erzeugt sei, genügen läßt:

s. v. Bülow Abhandl. Bd. 2 S. 264; Heimbach im Rechtslexicon Bd. 12 S. 26; Sintenis Civilrecht Bd. 3 § 138 N. 47; Bähr Anerkennung 2. Aufl. S. 204 ff.; Seuffert Archiv Bd. 3 Nr. 299, Bd. 12 Nr. 244, Bd. 13 Nr. 232, Bd. 21 Nr. 200, Bd. 22 Nr. 288, Bd. 24 Nr. 242; sächsische Zeitschrift f. Rechtspflege Bd. 21 S. 273 ff.

Immer aber ist, wie alle einschlagenden Gesetzesstellen ergeben, Voraussetzung und daher thema probandum die Erzeugung durch die nachherigen Eheleute. Daraus folgt einmal, daß, wenn diese Thatsache, was ja nicht völlig unmöglich ist, direct erwiesen werden sollte, es daneben nicht noch des Beweises bedarf, daß das Kind anerkannt worden sei:

s. Heimbach a. a. O.; Sintenis a. a. O N. 47 a. E.; Seuffert Archiv Bd. 13 Nr. 232, Bd. 22 Nr. 288; Erk. des 2. Senats des vormal. OG. zu Wolfenbüttel v. 11. Decbr. 1867 i. S. Geldmacher w. Geldmacher Vormund, —

wie ja in diesem Fall das Recht des Kindes auf Anerkennung als legitimirtes Kind selbst gegen den Willen des Vaters würde durchgesetzt

werden können. Es folgt aber daraus, daß die Erzeugung nachgewiesen werden muß, zweitens, daß die Thatsache eines mit der illegitimen Geburt der Zeit nach correspondirenden Beischlafs zwischen den nachherigen Eheleuten für sich allein nicht genügend ist. Denn daß Doctrin und Praxis für gewisse Verhältnisse, insbesondere durch Ausdehnung der für die eheliche Kindschaft aufgestellten Präsumtion auf den außerehelichen Geschlechtsverkehr, soweit die Alimentationsverbindlichkeit in Frage kommt (vgl. Braunschw. Zeitschrift f. Rechtspflege Bd. 27 S. 143), die aus einer der Zeit nach zutreffenden Beiwohnung sich ergebende Möglichkeit der Vaterschaft nothgedrungen statt der Gewißheit der Erzeugung dienen lassen, entscheidet nichts für andere Verhältnisse, zumal das vorliegende, rücksichtlich dessen wegen der einem andern Indicium, der Anerkennung der Vaterschaft, beigelegten Beweiskraft eine fernere Erleichterung des Beweises der Erzeugung schwerlich erforderlich ist. Jedenfalls haben weder Doctrin noch Praxis, soviel man hat finden können, eine derartige Consequenz für unseren Fall gezogen. Allein andrerseits darf nicht verkannt werden, daß das aus der der Zeit nach zutreffenden Beischlafsvollziehung zu entnehmende immerhin starke Indicium für dadurch herbeigeführte Schwängerung die aus sonstigen Thatsachen sich ergebende Wahrscheinlichkeit der Erzeugung durch die Concumbenten unter Umständen bis zur richterlichen Ueberzeugung zu ergänzen vermögend sein wird. . . . Eine derartige Behauptung würde an Beweiskraft noch erheblich gewinnen, wenn die in der Klagschrift namhaft gemachten Nebenumstände, insbesondere, daß die nachherigen S.'schen Eheleute schon während der Conceptionszeit, vor und nach der Geburt der Klägerin (10. Octbr. 1836) und bis zu der (etwa im Jahre 1838 stattgehabten) Verheirathung mit einander zusammengewohnt, wie Mann und Frau, also wie im Concubinat (vgl. Nov. 18 c. 5; Nov. 89 c. 12 § 4 gelebt hätten, erweislich gemacht werden könnten."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 12. Novbr. 1880 i. S. Reupke w. Schliestedt wegen Erbschaft. D.

---

175. Bei dem Vertheilungsverfahren nach § 52 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 dürfen vorher ausgeschiedene Genossenschafter nicht herangezogen werden, auch wenn sie den Gläubigern der Genossenschaft noch haften.

Wenn bei einer eingetragenen Genossenschaft der Gesellschaftsvertrag nicht etwas Anderes bestimmt, so muß ein nach Erschöpfung des Genossenschaftsvermögens noch zu deckender Rest von Forderungen der Genossenschaftsgläubiger gleichmäßig von sämmtlichen Genossenschaftern aufgebracht werden (Gesetz vom 4. Juli 1868 § 9). Es ist dies eine im Gesetz begründete Verpflichtung der Genossenschafter der juristischen Persönlichkeit

der Genossenschaft gegenüber, und es wird dies Recht der Genossenschaft durch das in den §§ 52 ff. a. a. O. angeordnete Verfahren zur Geltung gebracht.

Nachdem der Concurs so weit gediehen ist, daß der Schlußvertheilungsplan feststeht, oder wenn sich bei nicht zulässigem Concurse das Genossenschaftsvermögen als unzureichend erwiesen hat (§ 59), liegt dem Vorstand ob, eine Berechnung (Vertheilungsplan) anzufertigen, aus welcher sich ergiebt, wie viel jeder Genossenschafter zur Befriedigung der Gläubiger wegen der im Concurse erlittenen Ausfälle beizutragen hat. Erfolgt die Zahlung dieser Beiträge nicht, so hat der Vorstand den Vertheilungsplan dem Gericht mit dem Antrage einzureichen, denselben für vollstreckbar zu erklären, und es faßt das Gericht hierüber nach vorangegangener Vernehmung der Genossenschafter Beschluß. Jedem Genossenschafter steht zwar im Wege der Klage die Anfechtung dieses Beschlusses frei; die Execution wird dadurch aber nicht gehemmt. Der von dem einzelnen Genossenschafter nicht einziehbare Beitrag wird in einem gleichen Verfahren auf die übrigen Genossenschafter vertheilt.

Dieses Umlageverfahren ist eine innere Angelegenheit der Genossenschaft, welche dabei durch ihren Vorstand, oder durch die an Stelle desselben getretenen Liquidatoren vertreten wird. Die von dem einzelnen Genossenschafter gegen den Vertheilungsplan erhobene Klage ist zwar gegen die übrigen betheiligten Genossenschafter zu richten, aber auch diese werden in dem diesfälligen Processe von dem Vorstand vertreten (§ 56). Schon hieraus erhellt, daß bei diesem Verfahren nur diejenigen Personen betheiligt sein können, welche noch zur Genossenschaft gehören, und bezüglich deren die Vertreter der Genossenschaft überhaupt nur noch befugt sind, rechtsverbindliche Anordnungen zu treffen.

Genossenschafter, welche auf dem ordnungsmäßigen Wege (§ 39) aus der Genossenschaft ausscheiden, sind von dem Zeitpunct ab, mit welchem ihr Ausscheiden in Wirksamkeit tritt, von allen ihren Beziehungen zur Genossenschaft befreit. Sie haben als Gläubiger derselben ihren Geschäftsantheil zu fordern, wie er sich nach der Bilanz des Austrittsjahres herausstellt (§§ 38, 39). Im Uebrigen aber bestehen für sie gegenüber der Genossenschaft weder Rechte noch Pflichten. Sie können also auch nicht mehr bei Anlegung des Vertheilungsplans als Genossenschafter betrachtet und nicht mehr von der Genossenschaft zu einer Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger herangezogen werden, welche bei der Unzulänglichkeit des Genossenschaftsvermögens einen Ausfall erlitten haben.

Neben der Verpflichtung der Genossenschafter *gegenüber der Genossenschaft*, den Ausfall der Gläubiger gemeinschaftlich nach Köpfen aufzubringen, besteht für jeden Genossenschafter noch dem *Genossenschaftsgläubiger gegenüber* die Verpflichtung, bei feststehender Un-

zulänglichkeit des Genossenschaftsvermögens, demselben seinen Ausfall solidarisch zu erstatten (§ 3 Nr. 12, § 12 a. a. O.; deutsche Concursordnung § 197). Auch die ausgeschiedenen Genossenschafter bleiben den Gläubigern gleichmäßig für alle bis zu ihrem Austritt von der Genossenschaft eingegangenen Verpflichtungen bis zum Ablauf der Verjährung (§ 63) verhaftet (§ 39). In dieser Solidarverhaftung der Genossenschafter den Gläubigern gegenüber wird durch das Umlageverfahren (§§ 52—61) nichts geändert (§ 62). Dieselbe besteht nebenher unverändert weiter.

Aus den Berathungen, welche der Emanation des Gesetzes vom 4. Juli 1868 vorhergegangen sind, ergiebt sich, daß anfänglich die Absicht vorgewaltet hat, auch die ausgeschiedenen Genossenschafter dem Umlageverfahren zu unterwerfen. Schon bei Berathung des preußischen Gesetzes, welches unterm 27. März 1867 erging, brachte der Abgeordnete Schulze-Delitzsch unter Bezugnahme auf einen von ihm im Jahre 1863 gefertigten Entwurf ein besonderes Verfahren zur Realisirung der Solidarhaft in Vorschlag. Es sollten dadurch die Verwickelungen vermindert werden, welche durch die Solidarhaft der Genossenschafter den Gläubigern gegenüber und durch die dann wieder nothwendige Ausgleichung der Genossenschafter unter einander wegen der Leistungen des einzelnen aus dieser Solidarhaft herbeigeführt werden können. Auch sollten die Genossenschaftsgläubiger dadurch einer weitläufigen Einklagung ihrer Forderungen enthoben und die Genossenschafter geschützt werden, nicht einzeln sogleich für die ganze Schuld in Anspruch genommen werden zu können. In diesem im § 36 des Schulze'schen Entwurfs von 1863 enthaltenen Vorschlage sollte der vom Gericht festgesetzte Betrag, welcher zur vollen Befriedigung der Vereinsgläubiger noch erforderlich war, auf sämmtliche haftbare, gegenwärtige und frühere Mitglieder des Vereins gleichmäßig vertheilt werden. Die Commission des Abgeordnetenhauses im Jahre 1863 erkannte zwar an, daß derartige Bestimmungen wünschenswerth seien, hielt die Ausführung aber mit der Organisation der Gerichte in den verschiedenen Landestheilen nicht für vereinbar. — In der Sitzung des Reichstages des norddeutschen Bundes vom Jahre 1868 beantragte Schulze die Einführung eines dem preußischen Gesetze entsprechenden Gesetzes für das ganze Bundesgebiet. In seinem diesfälligen Gesetzentwurf war vorgeschlagen, daß der Vorstand bzw. die Liquidatoren die zur vollen Befriedigung der Gläubiger fehlende Summe auf alle einzelnen der Genossenschaft bei der Auflösung angehörigen, sowie die früheren noch haftbaren Mitglieder vertheilen sollten:

Stenogr. Ber. über die Verhandlungen des Reichstages des norddeutschen Bundes Session 1868 Actenstück Nr. 60 S. 194, 199; Parisius die Genossenschaftsgesetze im deutschen Reich, Berlin 1876, S. 375.

In dem Bericht der Commission des Reichstages vom 23. Mai 1868 wurde dieser Vorschlag gebilligt (Stenogr. Ber. a. a. O. Actenstück Nr. 80

S. 297, 300). Der Reichstag nahm den Vorschlag so an, wie er von der Commission befürwortet worden war; der Bundesrath holte aber noch das Gutachten der Commission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilproceßordnung ein. Diese Commission billigte zwar den Gedanken, welcher dem Schulze'schen Vorschlag zum Grunde liegt, machte aber zur Ausführung desselben die Vorschläge, welche nun in den §§ 52—62 des Gesetzes wiedergegeben sind. Abweichend von dem Schulze'schen Vorschlage und dem Beschluß des Reichstages werden nun im § 52 die ausgeschiedenen Genossenschafter garnicht mehr erwähnt. Die Vertheilung soll nach dem Wortlaut des § 52 ergeben, „wie viel jeder Genossenschafter zur Befriedigung der Gläubiger wegen der im Concurse erlittenen Ausfälle beizutragen hat". Hiermit können nur die dann noch vorhandenen Genossenschafter gemeint sein. Allerdings ergiebt der Bericht der Civilproceßcommission nicht, aus welchem Grunde sie die ausgeschiedenen aber noch haftbaren Genossenschafter bei Anlegung des Plans (§ 52) nicht berücksichtigt haben will (Stenogr. Ber. a. a. O. Nr. 193). Offenbar liegt der Grund aber darin, daß das Umlageverfahren in § 52 und die Verhandlungen darüber bald zu einem vollstreckbaren Ergebniß führen sollen, also nur auf einfachen Verhältnissen beruhen können. Werden nur die noch vorhandenen Genossenschafter bei Anlegung der Vertheilung berücksichtigt, so ist unter Berücksichtigung des § 9, wonach sie für den Ausfall gleichmäßig nach Köpfen zu haften haben, die Berechnung eine höchst einfache. Sollen dagegen auch die ausgeschiedenen aber noch haftbaren Genossenschafter mitherangezogen werden, so muß bezüglich einer jeden Genossenschaftsschuld besonders ermittelt werden, ob der ausgeschiedene gerade für diese Schuld noch verhaftet ist (§§ 39, 63). Die complicirte Veranlagung erschwert eine sachgemäße Prüfung des Plans seitens der Genossenschafter, die Erörterung der erhobenen Einwendungen und die gerichtliche Entscheidung über die Vollstreckbarkeit in dem nur gestatteten abgekürzten Verfahren (§§ 53, 54).

Gegenüber der von der ursprünglichen Vorlage abweichenden Fassung des § 52 im Gesetz kann auf die noch neuerdings von Schulze-Delitzsch versuchte Ausführung, daß auch die ausgeschiedenen aber noch haftbaren Genossenschafter in den Vertheilungsplan aufzunehmen seien (Schulze-Delitzsch Streitfragen im deutschen Genossenschaftsrecht Heft 1 S. 28 f.), nicht Rücksicht genommen werden.

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 12. Jan. 1881 in der preuß. Sache Weiß w. Bauverein Cosel, eingetragene Genossenschaft in Liquid.

Wck.

176. Das Recht an einem Erbbegräbniß geht mit dem Verkauf des Gutes, auf welchem dasselbe errichtet ist, verloren.

Der Kläger hat die negatorische Klage angestellt. Er behauptet, daß er beim Verkauf des Ritterguts G. Eigenthümer des auf demselben errichteten Erbbegräbnisses geblieben sei, und daß der Vater der Beklagten dasselbe zerstört habe. Er verlangt die Verurtheilung der Beklagten zur Wiederherstellung und führt aus, daß Erbbegräbnisse, welche mit Genehmigung der zuständigen Behörde erbaut seien, nicht mehr einen Theil des Guts, zu welchem sie gehört haben, ausmachen, sondern ein persönliches Recht der betreffenden Familie bilden. Der Berufungsrichter hat diese Ansicht verworfen; die dagegen erhobene Beschwerde ist verfehlt.

Die Ausführungen des Klägers sind vorzugsweise dem Rechtsverhältniß entnommen, welches beim Ankauf eines Familienbegräbnisses auf einem öffentlichen Kirchhofe entsteht. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Besitzer eines Guts, dem ein derartiges Erbbegräbniß gehört, dies beim Verkauf des Guts mitüberträgt, oder als persönliches Recht zurückbehält. Hier handelt es sich darum, ob durch die behördlich genehmigte Anlegung des Erbbegräbnisses ein Eigenthumswechsel an dem betreffenden Theil des Gesammtguts eingetreten ist. Wollte man, wie die Nichtigkeitsbeschwerde verlangt, die Grundsätze des röm. Rechts anwenden, so würde der Begräbnißplatz dem Privateigenthum überhaupt entrückt und damit der Klage, welche Eigenthum des Klägers behauptet, der Grund entzogen sein. Mit Recht nimmt jedoch der Berufungsrichter an, daß die Vorschriften des röm. Rechts über res religiosae bei uns nicht mehr gelten. Durch Begraben eines Todten an einem Orte wird das Eigenthum des Orts nicht geändert. Der Ort bleibt im Eigenthum seines bisherigen Eigenthümers und ist Gegenstand des freien Verkehrs. Dies erleidet auch dadurch keine Aenderung, daß im vorliegenden Fall das Consistorium die Anlegung des Erbbegräbnisses genehmigt hat. Denn diese Genehmigung ist jetzt — ebenfalls abweichend vom röm. Recht — für die Anlegung jedes Begräbnißplatzes erforderlich, hat jedoch keine Wirkung auf das Eigenthum an dem Platze.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 18. Febr. 1881 in der preuß. (hessischen) Sache v. Sp. w. v. B. St.

---

177. Der Betrug, welcher nur die Höhe des Kaufpreises berührt, aber nicht den Abschluß des Geschäftes selbst veranlaßt, begründet keinen Anspruch auf Rescission des Vertrages.

Vgl. Bd. 36 Nr. 6 mit Nachw.

Die auf Rescission eines Tauschvertrages gerichtete Klage wurde auf die Behauptung gegründet, daß die Kläger durch die falsche Versicherung

des Beklagten, der in dem eingetauschten Hause eine Wirthschaft ausübende Pächter bezahle einen jährlichen festen Pachtschilling von 2500 M., bestimmt worden seien, die im Vertrage stipulirte Tauschaufgabsumme von 23000 M. zu versprechen. — Die Instanzgerichte hatten den Klaganspruch für gerechtfertigt erachtet, davon ausgehend, daß die Vorspiegelung, deren der Beklagte bezichtigt wird, für die Festsetzung der Tauschaufgabsumme bestimmend war. Auf eingelegte Revision wurde die Klage als unbegründet abgewiesen. In den Gründen ist ausgeführt:

Nach dem hier zur Anwendung kommenden bayr. Landrecht ist der im gemeinen Recht anerkannte Unterschied zwischen dolus causam dans contractui und dolus mere incidens beibehalten, wonach dieser dolus nur die Schadloshaltung, jener aber nullitatem actus mit dem Wahlrecht des Beschädigten, ob er den Vertrag umstoßen oder dabei beharren und nur Schadensabthuung begehren wolle, nach sich zieht. Es ist deshalb jederzeit zu prüfen, ob eine gespielte Gefährde als causam dans oder mere incidens aufgefaßt werden muß.

Nach gemeinem Recht kann nun ein begründeter Zweifel nicht bestehen, daß ein dolus, welcher lediglich für die Feststellung der Größe des Kaufpreises, welchem hier die Tauschaufgabe gleichsteht (vgl. Seuffert Pand. § 325), bestimmend war, nur als dolus incidens in Betracht kommen kann. Denn in solchem Fall hatte der dolus nicht den Vertrag selbst veranlaßt, sondern die gegenwärtige Modification desselben; der Beschädigte hat, wie Glück Commentar Bd. 4 S. 122 bemerkt, in den Vertrag selbst gewilligt, nicht in die gegenwärtige Modification desselben, und es wird als eine derartige Modification (a. a. O. S. 114) insbesondere jene bezeichnet, wenn das betrügerische Vorgeben des Verkäufers einer Sache, daß dieselbe eine besondere Eigenschaft habe, den Käufer verleitet hat, einen höheren Kaufpreis zu bezahlen. Nur soweit der durch den Betrug verursachte Irrthum das abgeschlossene Rechtsgeschäft erfaßte, soll die Wirkung dieses Rechtsgeschäfts für den Benachtheiligten beseitigt werden (vgl. auch Windscheid Pand. § 78 N. 7).

Für diese Ansicht über die Wirkung eines nur die Höhe des Kaufpreises und nicht den Abschluß des Vertrages selbst bestimmenden Betruges liegen mehrfache überzeugende Aussprüche in den Quellen vor. So heißt es fr. 13 § 4 de act. emti vend. 19. 1: si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, emti eum iudicio teneri, ut praestaret emtori, quanto pluris emisset; die gleiche Entscheidung findet sich in fr. 32 u. 49 eod. tit., dann fr. 12 § 1 de iure dot. 23. 3. — Die citirte Digestenstelle fr. 49 de act. e. v. 19. 1 insbesondere, welche Glück a. a. O. als einen Fall eines dolus incidens anführt, enthält einen dem hier vorliegenden vollkommen adäquaten Fall; da nämlich der Verkäufer eines Grundstücks zur Hintergehung des Käufers Jemanden aufgestellt hatte, der solches um

sehr hohes Pachtgeld in Pacht nehmen mußte, damit der Käufer darnach die Größe des Werths des Grundstücks beurtheilen und einen desto höhern Preis dafür bezahlen sollte, wurde dem Käufer das Recht gewährt, gegen den Verkäufer auf Herabsetzung des Preises zu klagen. — Dagegen machen die Quellen das Recht, die Rescission eines Vertrages zu verlangen, überall von einem solchen dolus abhängig, ohne welchen das Geschäft nicht bloß nicht so wie es geschlossen wurde, sondern überhaupt nicht eingegangen worden wäre; so in fr. 11 § 5 de act. e. v. 19. 1, dann fr. 7 pr. de dolo malo 4. 3, wo es heißt: nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est.

In dieser Weise hat auch eine consequente Rechtsprechung die Wirkung eines dolus in Vertragsverhältnissen festgehalten (vgl. Seuffert Archiv Bd. 2 Nr. 167 und Bd. 36 Nr. 6 und die dortigen Allegate).

Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß Fälle denkbar sind, in welchen die Täuschung, wenn auch zunächst nur auf den Preis sich beziehend, gleichwohl nach den Umständen den Abschluß des Geschäfts selbst veranlaßt hat, so daß ohne solche das Geschäft überhaupt nicht abgeschlossen worden sein würde. Allein dies ist in der Klage nicht behauptet, und auch die von dem Berufungsrichter gebilligte erstrichterliche Entscheidung geht nur von der thatsächlichen Voraussetzung aus, daß die behauptete betrügliche Vorspiegelung für die Festsetzung der Tauschaufgabsumme bestimmend war. Wenn in dieser Entscheidung ein dolus causam dans deshalb angenommen wird, weil dieser die Tauschaufgabsumme, also einen wesentlichen Bestandtheil, ein Essentiale des Vertrages betreffe: so ist dagegen zu bemerken, daß, wenn auch die Festsetzung eines Preises als ein Essentiale des Vertrages sich darstellen mag, doch der höhere und niedrigere Betrag desselben nur den Modalitäten des Geschäfts, gleichwie dessen Zahlungsweise ꝛc. beizuzählen ist.

Nach dem bisher Erörterten ist der Anspruch der Kläger auf Rescission des Tauschvertrages rechtlich nicht begründet.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 27. Jan. 1881. Nr. l. 28/1880. v. L.

---

178. Die Vereinbarung, einen abgeschlossenen Vertrag wieder aufzuheben, unterliegt nicht denselben Formvorschriften wie der aufzuhebende Vertrag selbst.

Der vom Berufungsrichter angewendete angebliche Rechtssatz, daß eine Vereinbarung, einen gültig abgeschlossenen Vertrag wieder aufzuheben, d. h. Vertrag, denselben Formvorschriften unterliege wie der aufzuhebende Vertrag selbst, ist zumal in solcher Allgemeinheit nicht anzuerkennen, auch in der angeführten Entscheidung des ROHG. (zu vgl. Bd. 6 S. 352) nicht anerkannt worden. Schon im röm. Recht konnte die Bestimmung der

fr. 35 de R. J. 50. 17 nicht den Anspruch auf principielle Allgemeinheit erheben (Savigny System Bd. 4 S. 544), geschweige, daß sie es für Formvorschriften der heutigen Particularrechte dürfte. Vielmehr können dafür nur eben diese selbst maßgebend werden. Der § 3 des Gesetzes vom 29. Mai 1873, das Grundbuchwesen in dem Bezirk des Appell.-Gerichts zu Kassel betr., schreibt vor, daß Verträge, welche die Veräußerung von Grundstücken zum Gegenstand haben, zwar nicht mehr wie früher der gerichtlichen Form bedürfen, wohl aber, um persönliche Ansprüche zu erzeugen, schriftlich abgefaßt sein müssen. In die Kategorie dieser Verträge gehört ein Vertrag nicht, durch welchen die Verabredung einer Veräußerung wieder aufgehoben wird, vorausgesetzt nur, daß die Veräußerung nicht etwa bereits realisirt worden ist. Denn ein solcher Aufhebungsvertrag soll persönliche Ansprüche überhaupt nicht begründen, sondern begründete aufheben — eine Bestimmung, die auch nach ihrer einfachen negativen Natur weit weniger Anlaß zu besondern Formvorschriften giebt als Veräußerungsverträge. Daß hierin aber der Umstand nichts ändern kann, daß der Gesetzgeber bemüht gewesen ist, auch durch die Vorschrift des § 3 a. a. O. den Rechtszustand der Provinz Hessen dem preußischen „soweit möglich" anzunähern (vgl. Drucksachen des Herrenhauses von 1872 Bd. 2 S. 152), bedarf keiner Ausführung. Keinenfalls hat ein solches Motiv in der Vorschrift selbst Ausdruck gefunden. Die dem § 3 gegebene Auslegung war daher, wie auch schon das kgl. OTr. im Urtheil vom 8. Juli 1879 angenommen hat (Heuser Annalen Bd. 25 S. 198), eine rechtsirrthümliche und die darauf beruhende, jetzt angefochtene Entscheidung unterliegt der Vernichtung.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 11. Febr. 1881 in der preuß. (hessischen) Sache Pöppler w. Pöppler. St.

179. Verhinderung des Eintritts der Bedingung durch den bedingt Verpflichteten.

Vgl. Bd. 36 Nr. 9 mit Nachw.

Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts (fr. 85 § 7 de V. O. 45. 1; fr. 24 de cond. et demonstr. 35. 1; fr. 16 § 1 de R. J. 50. 17) gilt eine Bedingung als erfüllt, wenn der bedingt Verpflichtete den Eintritt derselben hindert, und es findet diese Regel auch dann Anwendung (fr. 50 de contrah. emt. 18. 1), wenn der bedingt Verpflichtete durch Unterlassung von Handlungen, welche er vornehmen sollte, den Nichteintritt der Bedingung verursacht. Es genügt jedoch nicht der äußere Vorgang der Verhinderung der Erfüllung der Bedingung, sondern es ist ein unredliches Verhalten des bedingt Verpflichteten erforderlich:

vgl. Savigny System Bd. 3 S. 141; Windscheid Pand. Bd. 1 § 92 N. 10; Scheurl Beiträge Bd. 2 Heft 2 S. 163; OAG. Rostock in dessen Entsch. Bd. 7 S. 39 und Seuffert Archiv Bd. 23 Nr. 13,

wenn auch nicht ein solches, dessen nächster Zweck in der Vereitelung der Bedingung besteht:

vgl. OAG. Dresden in dessen Annalen N. F. Bd. 3 S. 309; ROHG. in dessen Entsch. Bd. 21 S. 124, abgedruckt Seuffert Archiv Bd. 32 Nr. 300,

so doch ein dem Sinn des Vertrages zuwiderlaufendes, unentschuldigtes, einseitiges Eingreifen in den Gang der Bedingung:

vgl. Wächter württ. Privatrecht Bd. 2 S. 694; Brinz Pand. 1. Aufl. S. 1482; Dernburg preuß. Privatrecht Bd. 1 § 88.

Zur Begründung eines hierauf gestützten Anspruchs genügt die Darlegung, daß der bedingt Verpflichtete durch vertragswidriges Handeln den Nichteintritt der Bedingung herbeigeführt habe, wogegen es seine Sache ist, Thatsachen, welche sein Verhalten rechtfertigen oder entschuldigen, einredeweise vorzubringen (vgl. Scheurl a. a. O. S. 164).

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) in einer hamburger Sache. Jenner u. Mecke Archiv Bd. 2 S. 89.

---

180. Zum Begriff der „höheren Gewalt".

Vgl. Bd. 35 Nr. 182 mit Nachw.

„Der Begriff von „unabwendbarem äußeren Zufall" ist in § 25 des (preuß. Eisenbahn-) Gesetzes vom 3. November 1838 nicht bestimmt, auch sonst eine Legaldefinition nicht vorhanden. Das die Haftpflicht für den Eisenbahnverkehr regelnde Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 gebraucht an Stelle jenes Ausdrucks die Bezeichnung „höhere Gewalt", und man geht nicht fehl, wenn man — wie bei der Berathung des Reichsgesetzes (Eger das Reichshaftpflichtgesetz 2. Ausg. S. 115 ff.; Endemann das Reichshaftpflichtgesetz 2. Ausg. S. 27) geschehen und in der Judicatur anerkannt worden ist — beide Ausdrücke als gleichbedeutend bezeichnet. Nun ist durch das Gesetz zwar auch der Begriff von „höherer Gewalt" nicht näher bestimmt, allein in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung ist kein Streit, daß darunter nicht bloß elementare Ereignisse, unüberwindbare Kräfte der Natur, sondern alle von Außen, d. i. außerhalb des Betriebs des Unternehmens einwirkende Ereignisse zu verstehen sind, die nach menschlicher Einsicht nicht vorauszusehen sind und, wenn sie eintreten, durch menschliche Kraft und Sorgfalt nicht abgewendet und in ihrem Erfolge nicht abgeschwächt werden können.

Der Berufungsrichter hat den Begriff von „unabwendbarem äußeren Zufall" auch nicht näher angegeben; allein er erachtet es für einen solchen Zufall, wenn Pferde aus einer etwa eine halbe Meile von der Bahn entfernt gelegenen Koppel ausbrechen und an einer nicht zum Uebergang

bestimmten Stelle zur Nachtzeit auf das Schienengeleise gelangen und demnächst durch einen Eisenbahnzug übergefahren werden. Erwägt man, daß nach der Feststellung des Berufungsrichters auf Seiten der Beklagten resp. deren Beamten jedes Versehen bei dem Unglücksfall fehlt, indem sich nicht hat ermitteln lassen, wann die Pferde auf die Bahn gelangten und wie lange sie dort verweilt haben, so muß man annehmen, daß der Berufungsrichter davon ausgegangen ist: die Beklagte habe auch durch die äußerste, den Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt den Unglücksfall nicht vermeiden und nicht verhindern können. Er hat den Begriff von „unabwendbarem äußeren Zufall" auf den concreten Fall nicht unrichtig angewendet."

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 15. Jan. 1881 in der preuß. Sache Goldstein w. Direction der Marienburg-Mlawkaer Eisenbahn. Wck.

---

181. Auch im Besitzstreit über eine Servitut sind Einreden statthaft, welche dem Rechtsgrundsatz möglichster Schonung des dienenden Objects entnommen sind.

Vgl. Bd. 33 Nr. 197 mit Nachw., Nr. 347.

In einer Besitzstörungsklage wurde behauptet, daß die Beklagte durch Erbauung einer Scheune den Kläger in der Ausübung eines ihm zustehenden Gehweges über die Wiese der Beklagten, auf welcher jener Bau aufgeführt wurde, störe in der Weise, daß er nunmehr statt in gerader Richtung, in einem rechten Winkel um den Neubau herum gehen müsse. — Die Instanzgerichte wiesen diese Klage ab, indem sie feststellten, daß die Abbeugung des Weges an einer kurzen Strecke von der geradlinigen Richtung eine so geringfügige sei, daß eine Störung des Klägers in dessen bisheriger Besitzausübung nicht angenommen werden könne, während die Beklagte ein wesentliches Interesse an der Ausführung des Neubaus habe. — Der Kläger führte hiergegen u. A. deshalb Beschwerde, weil der Einwand der Beklagten, daß der Servitutberechtigte zu einer civilen Ausübung der Servitut gesetzlich verpflichtet sei, im Streit wegen Störung des Rechtsbesitzes hätte verworfen werden sollen. Diese Beschwerde wurde aus folgenden Gründen verworfen:

„Die Besitzhandlungen, für deren fernere ungestörte Ausübung Kläger den Schutz der Gerichte angerufen hat, haben zu ihrem Rechtsgegenstande eine Gehweggerechtigkeit, iter, und es steht nach gemeinem Recht dem Quasibesitzer einer solchen Gerechtsame, welcher eine mehrmalige ungestörte Ausübung im letzten Jahr für sich hat, allerdings das lediglich auf Restitution und Caution gerichtete interdictum de itinere actuque privato (Tit. 19 Dig. 43) gegen den Urheber einer Störung in diesem Rechtsbesitz zu (vgl. Brinz Pand. § 201; Windscheid Pand. § 164 Nr. 3[a]). Mit dem

Schutz aber, welcher hierdurch dem Rechtsbesitz verliehen ist, wird gesetzl nur anerkannt, daß derjenige Willensinhalt eine rechtliche Geltung hab soll, welcher, soweit er rechtlich anerkannt wird, dieses Recht selbst au machen würde (Windscheid Pand. § 163). Hieraus folgt, daß die m der bloßen Ausübung des Besitzes einer Servitut verbundenen materiel rechtlichen Befugnisse keinesfalls über den Rahmen derjenigen Rechtsanspruch hinausgehen können, mit welchen die Servituten im Allgemeinen auch gegenüber demjenigen umgeben sind, dem nicht bloß der Rechtsbesitz, sondern das betreffende Servitutrecht selbst nach seinem vollen rechtlichen Inhalt erwiesenermaßen zur Seite steht. Nun werden aber sämmtliche Realservituten, es mag sich um das Recht selbst oder nur um die Befugnisse zur Servitutausübung handeln, von dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Untheilbarkeit und der Pflicht zu schonender Rücksicht bei der Ausübung beherrscht. Daß letzterer Grundsatz, obwohl er sich gerade auf die Art und den Umfang der Servitutausübung bezieht, in den Fällen nicht in Betracht kommen dürfe, wenn eine Besitzklage angestellt ist, die doch auch nur die praktische Ausübung der betreffenden Servitut zur Grundlage hat, läßt sich aus dem hierfür angeführten Art. 586 der bayr. PO. von 1869, inhaltlich dessen gegen die Besitzklage Einreden, welche auf das Recht selbst gerichtet sind, nicht zugelassen werden, nicht nachweisen" — was hiernach weiter ausgeführt wird.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 4. Jan. 1881. HR. Nr. 5798.
v. L.

---

182. Beweislast* des auf unvordenkliche Verjährung sich stützenden Klägers darüber, daß die behauptete Uebung im Bewußtsein der Rechtsausübung erfolgt sei.

*Vgl. Bd. 14 Nr. 14. (S. auch Bd. 32 Nr. 303 mit Nachw.; Bd. 36 Nr. 95.)

Die Kläger haben gegen den königl. Fiscus den Anspruch erhoben auf Anerkennung des Rechts, die Mineralquellen in B. für ihren Hausbedarf an Trinkwasser auszunützen, und diesen Anspruch auf die Behauptung gegründet, daß die Bewohner der Gemeinde St. seit Menschengedenken ununterbrochen ihr Wasser aus den dem Aerar gehörigen Quellen in B. bezogen haben. — Die Instanzgerichte wiesen den Anspruch als unbegründet ab, da hinsichtlich des in Rede stehenden Wasserbezugs ein bloß factischer Zustand vorliege, welchem der Charakter der Rechtsausübung fehle, weshalb von einer unvordenklichen Verjährung des in Anspruch genommenen Rechts keine Rede sein könne. Die dagegen insbesondere wegen Verletzung der Regeln über Beweispflicht eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde verworfen und hierbei ausgeführt:

„Da die Kläger die Beweislast trifft, so ist die Vorinstanz in vollem Recht, wenn sie das Verlangen an die Kläger stellt, solche Thatumstände zu behaupten und zu beweisen, aus welchen mit Sicherheit hervorgeht, daß die unvordenkliche Uebung im Bewußtsein der Rechtsausübung erfolgte. Beschwerdeführer meinen zwar, daß eine Verletzung über die Grundsätze der Beweispflicht deshalb vorliege, weil es Sache der Einrede gewesen, den Rechtscharakter der fraglichen Uebung durch die Behauptung der Fehlerhaftigkeit zu bekämpfen. Nun mag es allerdings richtig sein, daß die Behauptung eines Besitzfehlers im Allgemeinen als eine Einrede sich darstellt, welche dem zu beweisen obliegt, welcher dieselbe behauptet (vgl. Pfeiffer pr. Ausf. Bd. 7 S. 182, 229; fr. 1 § 23 de aqua 39. 3). Allein daraus, daß der Beklagte diese Einrede vorgeschützt hat, folgt in keiner Weise, daß die Kläger ihrer primären Beweispflicht enthoben sein sollen, und daß sie nicht zu beweisen hätten, daß ihrem Besitz der Charakter der Rechtsausübung zur Seite stehe, was von dem beklagten Fiscus bestritten ist. Anders wäre die Sache dann gestaltet, wenn den Klägern solche Besitzhandlungen zur Seite stünden, welche unbedingt auf eine Rechtsausübung schließen ließen. Dann könnte allerdings den Klägern ein Beweis über die opinio juris auf Seite derselben und opinio necessitatis auf Seite des Gegners nicht weiter zugemuthet werden und obläge lediglich dem Beklagten der Beweis der behaupteten Fehlerhaftigkeit des Besitzes. Allein ein derartiger Fall liegt hier nicht vor; im Gegentheil ist ein nur factischer Zustand festgestellt, in Bezug auf welchen das Dulden des Wasserschöpfens durch die Kläger von Seiten des Fiscus nur als eine res merae facultatis erscheint, was den Beweis der unvordenklichen Verjährung ausschließt."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 8. Febr. 1881. HV. Nr. 5813.

v. L.

---

183. Jede künstliche Aenderung des natürlichen Ablaufs des Regenwassers und dadurch bewirkte schädigende Immission desselben auf ein Nachbargebäude ist rechtswidrig.

Vgl. Bd. 21 Nr. 16; Bd. 27 Nr. 94. (Dann auch Bd. 35 Nr. 99 mit Nachw.)

. . . Die in fr. 13 und fr. 17 § 2 si serv. vind. 8. 5 und insbesondere in fr. 8 § 5 eod. ausgesprochene Beschränkung des Rechtssatzes „qui iure suo utitur etc.", welche ihren Grund in der nothwendigen Rücksichtnahme auf das Gemeinwohl und auf die Integrität des Eigenthums eines Jeden hat, und welche ihren Ausdruck in der Rechtsnorm gefunden hat, daß Niemand auf seinem Eigenthum eine dem Nachbareigenthum durch Immission schädlicher Substanzen nachtheilig wirkende Vorrichtung treffen dürfe, gewährt insbesondere auch dem Eigenthümer eines Gebäudes Schutz seines Eigenthums mittels der actio negatoria gegen den Nachbar, der durch

Abänderung des natürlichen Laufes des Regenwassers mittels für Anlage jenem Eigenthum Schaden zufügt. „Non fumum, non a non quid aliud immitti licet; in suo enim alii hactenus facer quatenus in alienum nihil immittat“ (vgl. Windscheid Pand. 3 Bd. 1 § 169 Ziff. 1, Bd. 2 § 473).

Unter der Voraussetzung also, daß die Beschädigung durch Im von Wasser auf fremdes Eigenthum veranlaßt wird, wobei übrigens ni in den Gesetzen eine Unterscheidung gemacht ist, ob Regenwasser, r unmittelbar aus der Atmosphäre auf das Eigenthum des Immitti fällt, oder solches Regenwasser, welches von anderen Grundstücke Gebäuden herfließt, dem fremden Gebäude zugeleitet wird; ferner der natürliche Wasserlauf geändert wird; und endlich, dc Aenderung durch eine künstliche Anlage herbeigeführt wurde, Widerrechtlichkeit des Eingriffs in das Nachbareigenthum allein begründet, und es kann daher nicht, wie das Berufungsgericht angen hat, die (Möglichkeit einer) Widerrechtlichkeit des beklagtischen Eingri des Klägers Eigenthum auf die Zuleitung von solchem Regenwasser bes werden, welches (in Folge desfälliger Berechtigung des Klägers) zuer des Klägers eigenem Dach auf die neuen Dächer des Beklagten fäll von diesen auf das Wohngebäude des Klägers zugewiesen wird. . .

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 24. Jan. 1881. HV. Nr. v.

---

184. Die Ersitzung von Gebäudeservituten in Jahr und Tag lübschem Recht bezieht sich nur auf solche Servituten, die durch bauliche Einrichtung ausgeübt werden.

Die Bestimmung in Buch 1 Tit. 8 Art. 2 des lübischen Rechts[1]) nicht auf die Ersitzung von allen Servituten für städtische Grundstück gewandt werden, sondern nur auf solche Servituten, welche durch eine liche Einrichtung ausgeübt werden. Der Ausdehnung jener Vorschri die Ersitzung aller nachbarlichen Gerechtigkeiten von städtischen Grund steht nicht allein der Wortlaut des Art. 2 a. a. O., sondern auch die i Doctrin und Praxis der Gerichte angenommene Auslegung desselben ent

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 11. Mai 1880 in der preuß. (hol Sache Reher w. Sorgenfrei.

---

[1]) Lautend: „Wann über Jahr und Tag ein Gebäude unangesprochen gestanden kann nach Jahr und Tag nicht mehr angefochten werden.“

185. Das öffentliche Pfandrecht genießt nach röm. Recht einen unbedingten Vorzug vor dem sog. Privatpfandrecht.

Vgl. Bd. 26 Nr. 15.

Von der bezüglich der Rangordnung der Pfandgläubiger aufgestellten Regel: qui prior tempore potior iure (const. 2 qui pot. in pign. 8. 18) hat das röm. Pfandrecht nicht bloß durch die Anerkennung von Pfandprivilegien, sondern auch dadurch eine Abweichung statuirt, daß es dem sog. öffentlichen Pfandrechte einen unbedingten Vorrang vor dem sog. Privatpfandrechte gewährt. Die const. 11, 8. 18 spricht sich in dieser Beziehung klar und unzweideutig aus und wird auch von der herrschenden Doctrin und Praxis in keinem anderen Sinne aufgefaßt.

Was den gegenwärtigen Fall betrifft, so ist die Pfandurkunde des Gläubigers G. notariell beglaubigt, also in einer Form abgefaßt worden, welche dem dadurch constituirten Pfandrecht unzweifelhaft die Kraft und Bedeutung eines pignus publicum nach Maßgabe der eben erwähnten const. 11, 8. 18 verleiht. Dagegen hat die Gläubigerin W. nur einen einfachen Privatpfandschein aufzuweisen. Denn die nach Erlassung des (preuß.) Gesetzes vom 29. Mai 1873, das Grundbuchwesen der Provinz Hessen betr., erfolgte notarielle Beglaubigung kann nicht mehr in Betracht kommen, da durch dieses Gesetz, welches in § 12 die Verpfändung eines ganzen Vermögens verbietet, jeglicher die Constituirung oder Verstärkung eines derartigen Pfandrechts bezweckende Act als rechtlich wirkungslos erklärt worden ist. Indem bei dieser Sachlage der Appell.-Richter dem öffentlichen Pfandrecht des Gläubigers G. einen Vorzug einräumte vor dem Pfandrecht der Nichtigkeitsklägerin, hat er weder gegen die const. 11 cit. noch gegen das Gesetz von 1873 verstoßen; und ebensowenig hat er actenwidrig übersehen, daß der Zeitpunct des Entstehens des Pfandrechts der W. durch Zugeständniß feststehe, sofern es nämlich unter den vorliegenden Umständen auf diesen Zeitpunct garnicht ankommen kann.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 15. März 1881 in der preuß. (hessischen) Sache Weniger w. Gundlach. St.

---

186. Vorzug der reservirten Kaufgeldshypothek vor der älteren Dotalhypothek der Ehefrau des neuen Erwerbers.* Gerichtsgebrauch.**

* Vgl. Bd. 21 Nr. 108 mit Nachw. — ** Vgl. Bd. 36 Nr. 46 mit Nachw. unter **.

Der Ehemann der Klägerin hat im Jahre 1874 von dem Beklagten eine Mühlenbesitzung käuflich erworben und für einen 24000 M. betragenden Rest des Kaufpreises, welcher ihm verzinslich creditirt wurde, im Kaufcontract das Kaufobject dem Beklagten zur Hypothek bestellt. Dem Antrage der Contrahenten gemäß ist zugleich mit der Besitztitelberichtigung

auch die Eintragung dieser Hypothek am 9. März 1874 vorgenommen worden. Die Klägerin behauptet mit ihrem gedachten Ehemann seit 1863 verheirathet zu sein. Wegen ihres Eingebrachten von 30000 M. stand ihr nach dem damaligen Landesrecht (braunschw. VO. v. 26. März 1823 § 1 S. 102) eine stillschweigende Generalhypothek an dem Vermögen ihres Ehemannes zu, und diese hat sie nach Maßgabe der später veränderten Gesetzgebung am 4. September 1879 auf die gedachte Mühlenbesitzung ihres Mannes eintragen lassen, wodurch der bisherige Rang derselben aufrecht erhalten blieb. Auf Antrag eines andern Hypothekgläubigers ist die Mühlenbesitzung alsdann zur Subhastation gekommen; von dem Erlöse sind nach Befriedigung des Subhastanten ungefähr 21000 M. übrig geblieben, welche sich im gerichtlichen Depositum befinden. Diese Gelder nimmt jeder der beiden Streittheile vermöge des Vorrangs seines hypothekarischen Rechts klagend bzw. widerklagend in Anspruch.

Die 1. Instanz hat nach Maßgabe der Anträge des Beklagten erkannt; die 2. Instanz hat die Berufung der Klägerin kostenfällig verworfen. Die Revision wurde aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Der jetzigen Specialhypothek der Klägerin ist das Privileg ihrer ursprünglichen generellen Dotalhypothek erhalten. Auch der Hypothek des Beklagten gebührt das Privileg einer versio in rem, allein dasselbe kann ihm gegen die Klägerin nichts nützen, weil ihre Generalhypothek die ältere ist und nach der insoweit klaren Vorschrift der Nov. 97 cap. 3 wenigstens die ältere Dotalhypothek auch dem Privileg der versio in rem vorgeht. Man hat aber in früherer Zeit allgemein angenommen, daß die sog. reservirte Kaufgeldshypothek — und als eine solche ist die Hypothek des Beklagten anzusehen — von dem Privileg der Dotalhypothek und überhaupt von den Privilegien aller von dem Käufer herrührenden Hypotheken nicht berührt werde und derselben ein (Quasi-) Separationsrecht in dem Concurse des Käufers zugestanden. Diese Meinung schließt sich der in früherer Zeit gleichfalls ganz allgemeinen Meinung an, daß die von einem Eigenthumsvorgänger sich herschreibenden Hypotheken dem Vorrang der Pfandrechte, welche von einem späteren Eigenthümer herrühren, nicht unterworfen seien; die Gleichstellung der reservirten Kaufgeldshypothek wurde namentlich durch die Auffassung zu rechtfertigen gesucht, daß die Sache bereits beim Uebergang in das Eigenthum des Käufers mit der Hypothek belastet gewesen sei. Beide Meinungen sind bekanntlich in neuerer Zeit vielfach bestritten:

besonders Thibaut civilist. Abhandl. S. 311 (1814); gegen den Vorzug der Kaufgeldshypothek auch schon Gmelin Ordnung der Gläubiger S. 390 (1813).

In Beziehung auf das Verhältniß des Pfandrechts, welches bei einem früheren Eigenthümer erworben wurde, zu den bei späteren Eigenthümern von denselben erworbenen privilegirten Pfandrechten ist Wächter im

Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 14 S. 340 mit Erfolg für die ältere Ansicht eingetreten und hat namentlich überzeugend nachgewiesen, daß der Ehefrau für ihre dos nicht ein so weit reichendes Privilegium gegeben sei, daß dasselbe auch den von einem früheren Eigenthümer erworbenen Pfandrechten vorgehe. Damit ist nun zwar nicht zugleich auch die hier allein in Betracht kommende Frage erledigt, ob dasselbe auch Geltung habe für die bei Uebertragung des Eigenthums an den Ehemann von dem bisherigen Eigenthümer für den creditirten Kaufpreis reservirte Hypothek. Andrerseits darf man aber auch diese Frage nicht mit der Betrachtung als erledigt ansehen wollen, daß der das Eigenthum erwerbende Ehemann für die reservirte Hypothek rechtlich als der Besteller derselben anzusehen sei. Denn so unzweifelhaft es auch ist, daß nach röm. Recht gleich wie eine Servitut so auch ein Pfandrecht nur an einer fremden Sache erworben werden kann und also auch bei der Begründung eines solchen dinglichen Rechts durch einen bei der Eigenthumsübertragung erfolgten Vorbehalt derjenige, auf welchen das Eigenthum übergeht, rechtlich als der eigentliche Besteller des dinglichen Rechts anzusehen ist, so steht es doch andrerseits ebenso entschieden fest, daß das röm. Recht für die Constituirung eines solchen Rechts nicht eine erst nach der Tradition und dem dadurch vollzogenen Eigenthumserwerb noch hinzutretende vertragsmäßige Bestellung erfordert, sondern es für zulässig erachtet hat, daß durch den bei der Tradition beredeten Vorbehalt das dingliche Recht dergestalt begründet wird, daß sich die Constituirung desselben mit dem Eigenthumserwerb gleichzeitig vollzieht, und daß das Eigenthum also nur mit der Belastung mit dem vereinbarten dinglichen Recht auf den neuen Erwerber übergeht. Letzteres wird auch insbesondere für das reservirte Pfandrecht ausdrücklich anerkannt in fr. 2 de rebus eorum qui sub tut. 27. 9. Denn wenn hier im Anschluß an das voraufgehende fr. 1 § 4 die Frage weiter erörtert wird, ob in dem Fall, wo für einen Minderjährigen das Grundstück angekauft worden, die verabredete Verpfändung desselben für den creditirten Kaufpreis aus dem Grunde rechtsungültig sei, weil es versäumt worden, die für die Verpfändung des Grundstücks eines Minderjährigen vorgeschriebene obrigkeitliche Genehmigung einzuholen, gegen die diese Frage bejahende Ansicht, welche die Erwirkung eines kaiserlichen Rescripts zur Sanirung des Mangels für erforderlich erachtet, als Zweifelsgrund geltend gemacht wird, daß das Eigenthum nur belastet mit dem Pfande erworben worden sei, so ist es doch von selbst klar, daß ein solches Bedenken sich überhaupt nicht hätte erheben lassen, wenn die röm. Rechtsanschauung nicht davon ausgegangen wäre, daß, obwohl bei der Reservirung einer Hypothek der Erwerber des Eigenthums als der Besteller der Hypothek anzusehen sei, doch bei der Gleichzeitigkeit des Eigenthumserwerbs und der Constituirung der Hypothek das Eigenthum nur belastet mit der letzteren auf den neuen Erwerber übergehe.

Da nun das gesetzliche Privilegium der dos der Ehefrau in einer Generalhypothek an dem Vermögen des Mannes besteht, so wird für die ältere Ansicht sich geltend machen lassen, daß die reservirte Hypothek, welche die Voraussetzung bildet für die zum Eigenthumserwerb nothwendige Creditirung des unbezahlten Kaufpreises, die Folge hat, daß nur das Grundstück belastet mit der Hypothek in den Bereich des Vermögens des Ehemannes eintritt, an welchem der Frau eine Generalhypothek zusteht, und diese sich also, solange die reservirte Hypothek noch besteht, nur erstreckt auf den nach Abzug derselben verbleibenden Werth des neu erworbenen Grundstücks.

Wenn es nun auch immerhin sehr wohl möglich ist, daß Justinian dem privilegium dotis eine weiter reichende Tragweite hat geben wollen, wodurch es auch den Vorrang gewonnen hätte vor der reservirten Hypothek und selbst auch vor den von früheren Eigenthümern bestellten Pfandrechten, so enthält doch andrerseits auch das röm. Recht keine Bestimmung, wodurch es klar gestellt wäre, daß alle aus der allgemein gehaltenen Wortfassung der bezüglichen Gesetze zu entlehnenden Consequenzen auch wirklich gewollt seien und eine einschränkende Auslegung daher ausgeschlossen erscheinen müsse.

Es handelt sich also keineswegs um eine völlig zweifellose Frage der Auslegung. Und eben daher wird man auch der Entscheidung, welche diese Frage durch Jahrhunderte hindurch in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte gefunden hat, theoretischen Bedenken gegenüber ausschlaggebende Bedeutung beilegen müssen, zumal von dieser Gerichtspraxis behauptet werden darf nicht nur, daß ihr das Rechtsgefühl entschieden zur Seite steht, sondern insbesondere auch, daß ihr langer Bestand dem Verkehr die Sicherheit gegeben, daß man es mit einem feststehenden Grundsatz zu thun habe, der unbedenklich bei Vertragsabschlüssen zur Grundlage genommen werden dürfe.

Jene ältere Ansicht, der auch das angefochtene Urtheil folgt, ist aber bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts von Doctrin und Praxis anerkannt worden:

vgl. Carpzov P. I const. 28, dec. 20 No. 4; Mevius T. II p. VI dec. 193; Brunnemann proc. conc. V § 13; Leyser Spec. 485 med. 4; Pufendorf Obs. T. I obs. 212; Ludovici Conc.-Proc. XI § 8,

und die weiter fortgesetzte constante Praxis wird auch noch bezeugt von

Glück Comm. Bd. 16 S. 236; Schweppe Conc.-Proc. § 69 N. 4; Sintenis Pfandrecht S. 628 — welcher bemerkt: „das Vorrecht der reservirten Kaufgeldshypothek ist in Deutschland durch die Praxis unerschütterlich festgestellt",

wie denn auch die vereinzelten Entscheidungen der Neuzeit, welche im Seuffert'schen Archiv mitgetheilt sind (Bd. 16 Nr. 199 und Bd. 21 Nr. 108), Belege dafür liefern, daß da, wo die Gesetzgebung noch Raum

gelassen für die praktische Anwendbarkeit jener Ansicht, an ihr festgehalten worden ist."

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 26. Novbr. 1880 in der braunschw. Sache Wiese w. Heitmann wegen Priorität. D.

---

187. Unwirksamkeit eines Vertrages, wenn nicht in allen Theilen Einigung erzielt ist.

Vgl. Bd. 33 Nr. 210 mit Nachw.; Bd. 34 Nr. 25.

I. Der Berufungsrichter stellt fest, daß die streitige Kaufverhandlung den von dem Zeugen W. detaillirt dargestellten Inhalt und Verlauf gehabt hat. Darnach waren bei derselben die Klägerin mit ihrem Ehemann einerseits und der Beklagte andrerseits einverstanden, daß Letzterer der Ersteren seine Haushälfte zum Preis von 1500 fl. abtrete; der terminleitende Richter constatirte dieses Einverständniß und beide Theile gaben sich auf Veranlassung desselben den Handschlag. Als nunmehr über die Zahlungsbedingungen verhandelt werden sollte, erinnerte zunächst der Schwiegersohn des Beklagten an die Ehefrau des Letzteren und als nach Zurückweisung dieses Einspruchs seitens des Richters in der Besprechung der Zahlungsbedingungen fortgefahren wurde, trat der Anwalt des Beklagten mit der Behauptung eines Mißverständnisses hervor.

Wenn der Berufungsrichter auf Grund dieser Feststellung annimmt, daß beide Parteien sich über Kaufobject und Kaufpreis geeinigt hätten, und daraus den Schluß zieht, daß das Kaufgeschäft zum Abschluß gekommen sei, so verkennt er die Grundsätze über die Perfection eines solchen. Zwar knüpft das Recht letztere im Allgemeinen an die Einigung der Contrahenten über Preis und Waare (fr. 8 de per. et commodo 18. 6), aber es thut dies doch selbstverständlich nur in der Voraussetzung, daß die Verhandlung nicht noch weitere Puncte betroffen hat, welche den Inhalt des Vertrages bilden sollten. Denn jedes Vertragsgeschäft bildet ein Ganzes mit unzertrennlichem Inhalt, und eine Einigung über das Geschäft ist so lange nicht zu Stande gekommen, als noch keine Einigung über alle einzelnen Theile dieses Inhalts erzielt ist. Sive in ipsa emtione dissentiant sive in pretio, sive in quo alio, emtio imperfecta est (fr. 9 pr. de contr. emt. 18. 1). Vorliegendenfalls sollte mit der definitiven, durch Handschlag bekräftigten Einigung der Contrahenten über das Kaufobject und den Preis die Kaufverhandlung noch nicht geschlossen sein, wie denn schon die Natur des in Rede stehenden Geschäfts zu weiteren Beredungen und Festsetzungen aufforderte. Im unmittelbaren Anschluß an die Abrede über Object und Preis — die ganze Verhandlung dauerte überhaupt nur wenige Minuten — schritt man zur Verhandlung über Zahlungsbedingungen und nunmehr

scheiterte jede Verständigung. Die Contrahenten sind also über einen Theil des Inhalts, den sie dem beabsichtigten Geschäft geben wollten, nicht einig geworden, und damit fehlt es überhaupt an dem zu seiner Perfection unerläßlichen Consens, wobei es völlig gleich bleibt, von welcher Bedeutung der Punct, über den die Einigung nicht zu Stande gekommen ist, im Verhältniß zum vereinbarten Inhalt ist, ob derselbe objectiv genommen von erheblicher Bedeutung erscheint oder relativ gleichgültig ist. Denn auch an das Zugeständniß des an sich gleichgültigsten Moments kann jeder Contrahent die Zustimmung zum Ganzen knüpfen und thut es, wenn er nicht das Gegentheil zu erkennen giebt. Die auf die Verhandlungen vom 4. April v. J. gestützte Kaufklage war daher als der rechtlichen Grundlage entbehrend zurückzuweisen.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 28. Jan. 1881 i. S. Beßler w. Eckardt.

II. Die von den Parteien unterzeichnete Schrift ergiebt, daß sie sich geeinigt haben über den Ankauf eines dem Beklagten gehörigen Hauses seitens des Klägers für den Kaufpreis von 7850 Thlrn., über den Tag der Uebernahme und der dabei auf den Kaufpreis zu beschaffenden Anzahlung von 2000 Thlrn., sowie daß sofort 100 M., wie es in dem Schriftstück heißt, als Draufgeld gezahlt worden sind. Weiter ergiebt dies Document, daß nicht das ganze Anwesen des Beklagten, sondern nur ein Theil des Hauses den Gegenstand des Handels gebildet hat. Eine genaue Bezeichnung des Kaufobjects läßt aber diese Schrift vermissen, welche insbesondere auch keine Bestimmung darüber enthält, wie es mit dem nach der Zahlung jener 2000 Thlr. verbleibenden Restbetrag des Kaufgeldes und mit den auf dem Grundstück des Beklagten ruhenden Hypotheken verhalten werden soll, deren Betrag der Kläger in seinem in dem Thatbestand des angefochtenen Urtheils in Bezug genommenen Schriftsatz auf 14000 M. angegeben hat.

In der That enthält daher das Schriftstück, welches mit den Worten schließt: „Beide nun folgenden Unterschriften bezeugen, daß obige Puncte richtig sind und inne gehalten werden sollen", nur eine Aufzeichnung der einzelnen Puncte, über welche eine Willenseinigung erzielt worden, und auch der äußeren Form nach manifestirt sich dasselbe keineswegs als eine über einen vollständig zum Abschluß gekommenen Vertrag errichtete Urkunde. Und wenn auch nach der schriftlichen Feststellung der Einigung über die Hauptpuncte von den Betheiligten mag vorausgesetzt sein, daß die noch nothwendig werdende weitere Verständigung sich unschwer werde erzielen lassen, sofern nur an der durch jene Einigung gewonnenen Grundlage fest gehalten werde, so hat doch diese weitere Verständigung eben die rechtliche Voraussetzung für das Perfectwerden des Vertrages gebildet (fr. 9 pr. de contr. emt. 18. 1).

Die Vorinſtanz glaubt nun zwar, der hauptſächlich hervortretende Mangel einer Vertragsbeſtimmung über die Reſtkaufgelder ergänze ſich durch die geſetzliche Regel der Fälligkeit unbetagter Forderungen. Allein dieſe Regel kann doch nur Anwendung finden, wo ſie nicht durch eine ihr entgegenſtehende Willenseinigung ausgeſchloſſen iſt. Dies aber wird hier eben deshalb angenommen werden müſſen, weil die ausdrückliche Vereinbarung der Anzahlung von 2000 Thlrn. mit einer Verpflichtung des Käufers zur ſofortigen Bezahlung des ganzen übrigen Kaufpreiſes unvereinbar iſt, wie denn auch die Höhe der auf dem Grundſtück des Beklagten ruhenden Hypotheken keinem Zweifel darüber Raum giebt, daß eine noch zu treffende Vereinbarung über den beregten Punct hat in Ausſicht genommen werden müſſen.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 4. März 1881 i. S. Boke w. Diener. St.

---

188. Compenſation gegen eine nur theilweiſe eingeklagte Forderung.

Vgl. Bd. 34 Nr. 111.

Beklagter will eine ihm zuſtehende Gegenforderung von 600 ℳ. compenſiren gegen den von einer auf 7000 ℳ. ſich belaufenden Forderung des Klägers eingeklagten Theilbetrag von 360 ℳ. Das LG. verurtheilte den Beklagten, weil die zu compenſirenden 600 ℳ. noch ſo viel von der klägeriſchen Forderung übrig ließen, daß der eingeklagte Betrag unberührt bleibe. Dagegen wies das OLG. die Klage ab, weil Beklagter zu beſtimmen habe, gegen welchen Theil er aufrechnen wolle. In oberſter Inſtanz wurde das 1. Erkenntniß wieder hergeſtellt und dabei ausgeſprochen:

„Die angefochtene Entſcheidung iſt rechtsirrthümlich, weil ſie aus dem Rechtsgrundſatz, daß bei einer Mehrheit von Forderungen des einen Theils es von der Wahl des anderen Theils abhängt, gegen welche derſelben er mit ſeiner Gegenforderung compenſiren will, die falſche Folgerung zieht, daß es ebenſo der Wahl des Beklagten überlaſſen ſei, ob er gegen den eingeklagten oder den nicht eingeklagten Theil der Forderung des Klägers compenſiren wolle. Es ſteht hier der Forderung des Beklagten nur eine und dieſelbe größere Forderung des Klägers gegenüber; folglich kann die vom Beklagten angerufene Compenſation nur die Wirkung haben, daß dieſe ganze Forderung des Klägers bis auf die Differenz beider Forderungen als getilgt anzuſehen iſt, und ebenſo wie der Kläger durch die Compenſationseinrede nicht behindert war, den ganzen verbleibenden Reſt einzuklagen, kann dieſelbe auch der Einklagung eines Theils dieſes Reſtes nicht entgegenſtehen."

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 18. Juni 1880 in einer hannov. Sache. Fenner u. Mecke Archiv Bd. 2 S. 83.

---

189. Einrede des Dolus gegen eine Kauferfüllungsklage, weil Käufer die Mitwirkung beim Ausscheiden des gekauften Quantums ungebührlich verzögerte.

Vgl. Bd. 1 Nr. 333; Bd. 2 Nr. 278; Bd. 21 Nr. 227; Bd. 26 Nr. 233; auch Bd. 35 Nr. 14 (S. 20) mit Nachw.

Der vorige Richter hat unangefochten und unanfechtbar festgestellt, daß der Kläger am 25. August 1877 aus zwei auf dem Bahnhof zu Neustadt a. O. lagernden Holzhaufen der Beklagten 100 Stämme starkes Bauholz und 200 schwache Stämme gekauft hat, solche alsbald zu übernehmen hatte, aber nicht übernommen, diese Uebernahme auch unterlassen hat, obwohl er von den Beklagten am 30. October 1877 aufgefordert war, die Hölzer binnen 3 Tagen abzuholen. Es steht ferner fest, daß die gekauften Stämme aus den auf dem Bahnhof lagernden übrigen Hölzern der Beklagten noch nicht ausgeschieden, auch nicht so erkennbar waren, daß sie von den Beklagten ohne Zuziehung des Klägers ausgeschieden werden konnten, weshalb nicht bloß die verkauften Stämme, sondern der gesammte Holzvorrath der Beklagten auf dem Bahnhof hätte liegen und den verderblichen Einflüssen der Witterung ausgesetzt bleiben müssen, wenn die Beklagten sich jederzeit hätten bereit halten sollen, dem Kläger auf Anmelden die gekauften Stämme herauszugeben. Ein solches, das Interesse der Beklagten schwer beeinträchtigendes Ansinnen durfte er an diese nicht stellen, und da Geschäfte dieser Art in dem gegenseitigen Vertrauen abgeschlossen werden, daß den Verhältnissen wenigstens insoweit Rechnung getragen werde, daß keine geradezu unbillige Zumuthung zu gewärtigen sei, so verletzt es offenbar den diese Verträge beherrschenden guten Glauben (bona fides) in hohem Maße, wenn bei einem in der den Umständen nach berechtigten Erwartung rascher Realisirung eingegangenen Geschäft nach Jahren noch die Ausführung desselben verlangt wird, nachdem eine seinerzeit erfolgte dringliche Aufforderung zur raschen Erledigung unbeachtet geblieben. Der erhobenen Klage steht daher die exceptio doli entgegen und erscheint aus diesem Grunde die erkannte Abweisung gerechtfertigt.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 4. März 1880 in der thüring. Sache Böttcher w. Opiz. St.

---

190. Dauer der relocatio tacita.

Vgl. Bd. 31 Nr. 29 u. 223.

Durch schriftlichen Vertrag vom 17. April 1875 mietheten die Kläger vom Beklagten einen auf dessen Grundstück stehenden Ofen zum Kalkbrennen mit dem darumliegenden Raum gegen eine jährliche Miethe von 10,29 ℳ unter der weiteren Bestimmung, daß die Miethzeit 3 Jahre dauere. Sie setzten nach dieser Zeit die Benutzung fort und bezahlten auch für das Jahr

vom 17. April 1878 bis dahin 1879 den Miethbetrag. Vor letzterem Termin kündigte Beklagter, und als im Mai 1879 die Kläger mit der Benutzung fortfuhren, zerstörte er den Ofen. Kläger belangten ihn nun auf Wiederherstellung des Ofens und Schadenersatz, sich darauf stützend, daß das Vertragsverhältniß durch die nicht widersprochene Fortsetzung stillschweigends als auf die im Vertrag bestimmte Zeit von Neuem abgeschlossen anzusehen sei. Der Beklagte berief sich darauf, daß hier ein landwirthschaftliches, fruchttragendes Immobile in Frage stehe und bei einem solchen die relocatio nur auf die Dauer eines Jahres angenommen werde.

Das LG. wies die Klage als unbegründet ab. Die von den Klägern hiergegen verfolgte Berufung wurde vom OLG. verworfen unter Billigung der Gründe erster Instanz. Diese besagen:

Im vorliegenden Fall, wo die Kläger das fragliche Grundstück durch einen schriftlichen Vertrag auf 3 Jahre gepachtet gehabt und darnach noch weiter in Benutzung behalten hätten, handle es sich um die Frage, ob der Pachtvertrag trotz der vor Ablauf des weiteren Jahres stattgehabten Kündigung zur Zeit der angeblich störenden Handlung des Eigenthümers noch fortbestanden habe. Diese Frage sei zu verneinen. Zwar sei der Behauptung des Beklagten nicht beizustimmen, daß ein fruchttragendes Grundstück verpachtet worden sei und die relocatio sich darum nur auf ein Jahr erstrecke; denn wenn das Grundstück auch früher fruchttragend gewesen sei und nach Entfernung des Ofens wieder als solches benutzt werden könne, so sei es doch nur mit Rücksicht auf den daraufstehenden Ofen und zum Zweck des Betriebs desselben, nicht aber zum Zweck der Früchtegewinnung verpachtet gewesen. Ebensowenig aber könnten die Ausführungen der Kläger gebilligt werden, daß, da es sich um die Verpachtung eines praedii urbani handle und in dem schriftlichen Vertrag die Miethzeit auf die Dauer von 3 Jahren festgesetzt worden sei, die relocatio ebenfalls auf 3 Jahre gehe.

Beide entgegengesetzten Behauptungen stützten sich auf fr. 13 § 11 loc. cond. 19. 2. Diese Gesetzesstelle gehe von der allgemeinen beim Miethvertrag geltenden Regel aus, daß, wenn keine bestimmte Zeit festgesetzt sei, der Vermiether wie der Miether beliebig kündigen könnten. Eine Einschränkung hiervon mache sie bei fruchttragenden Grundstücken aus Gründen der Billigkeit und consequent dem Grundsatz, daß eine Kündigung überhaupt nicht unzeitig geschehen dürfe, da die Ausnutzung eines fruchttragenden Grundstücks den Zeitraum von einem Jahr erfordere und darum eine frühere Kündigung als der stillschweigenden Absicht beider Theile widersprechend anzusehen sei. In dem Schlußsatz: „In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est“ kehre zunächst der Ausspruch jener Regel wieder. Man schließe sich nämlich hier der herrschenden Meinung an, daß diese Stelle nur so auszulegen sei, daß bei

Relocation eines praedii urbani, auch wenn bei dem ursprünglichen Vertrag eine Miethzeit bestimmt gewesen, der Miether nur so lange verpflichtet sei, als er wirklich fortwohne. Auch in den Worten „nisi etc." könne man keine eigentliche Ausnahme, d. h. keine, die etwas Charakteristisches an sich trüge, erblicken. — Gegen Vangerow, der in seinem Lehrbuch der Pandekten § 644. I. 2 die fünf Hauptmeinungen über die Auslegung jener Stelle wiedergebe, müsse man sich der vierten Ansicht anschließen, daß die allegirten Worte von einem certum tempus reconductioni comprehensum zu verstehen seien, obige Regel also immer platzgreife, wenn nicht in dem ersten Miethvertrag ausdrücklich der Fall einer relocatio tacita vorgesehen und für diesen Fall eine bestimmte Zeit festgesetzt sei. Wenn sich auch gewichtige Gründe wider diese Auslegung geltend machen ließen, so sprächen doch die meisten inneren Gründe dafür. Die verbreitetste Meinung, der auch Vangerow den Vorzug gebe, gehe allerdings dahin, daß, falls für die erste Miethe schriftlich eine bestimmte Zeit festgesetzt sei, dieselbe Miethzeit auch für die relocatio tacita angenommen werden müsse. Allein die Festsetzung einer bestimmten Zeit sei nichts Wesentliches für den Miethvertrag, sondern etwas, was immer durch eine besondere ausdrückliche Nebenberedung vereinbart werden müsse. Es sei darum — abgesehen davon, ob ein schriftlicher oder nur mündlicher Vertrag vorliege — nicht ersichtlich, aus welchen Gründen im Fall des Abschlusses eines Miethvertrags mit der Nebenberedung einer bestimmten Zeitdauer aus der stillschweigenden Fortsetzung des Vertrages allein mit Nothwendigkeit gefolgert werden sollte, daß die Contrahenten auch stillschweigends darüber einig seien, daß der Miethvertrag wieder für die ursprüngliche Dauer fortgesetzt werden solle. Die thatsächliche Fortsetzung der Miethe documentire wohl die Absicht, den Vertrag noch weiter bestehen zu lassen, nicht aber die beiderseitige Absicht, auch die frühere Nebenberedung einer Zeitdauer, welche vielleicht nur für die ursprüngliche Miethe von Bedeutung gewesen, für die erneuerte Miethe zu wiederholen. Die natürliche Folge davon wäre das Eintreten der Regel der beliebigen Kündigung für beide Theile.

Jedenfalls aber würde eine mit so weit gehenden Folgen verbundene Unterscheidung zwischen schriftlich oder mündlich abgeschlossenem Vertrag, wie sie nach der verbreiteteren Meinung zu machen wäre, im röm. Recht kein Analogon finden. Es dürfte wenig mit dem Geiste des röm. Rechts übereinstimmen, bei stillschweigender Fortsetzung eines beispielsweise auf 5 Jahre abgeschlossenen Miethvertrags, wenn er schriftlich niedergesetzt sei, zu unterstellen, die Contrahenten seien über die Fortsetzung für weitere 5 Jahr einig, wenn er aber mündlich abgeschlossen sei, sie seien darüber einig, daß jedem Theil beliebige Kündigung zustehe.

Schließlich lehre auch die Erfahrung, daß eine solche Unterscheidung im Verkehrsleben nicht gemacht werde. Schriftliche und mündliche Mieth

verträge auf bestimmte Zeit würden, falls für den Ablauf der Miethzeit eine besondere Bestimmung über Fortsetzung der Miethe nicht im Voraus getroffen sei, nicht für die ursprüngliche Miethzeit fortgesetzt, sondern nur so lange, bis einer der Contrahenten zu erkennen gebe, er wolle den Miethvertrag nicht weiter bzw. nur noch für eine bestimmte kürzere Zeit fortsetzen.

Urtheil des OLG. zu Darmstadt v. 9. Febr. 1881 i. S. Kraft w. Sperling. St—r.

---

191. Rücktrittsrecht des Miethers wegen Mängel der gemietheten Wohnung.

Vgl. Bd. 35 Nr. 21; Bd. 36 Nr. 118 mit Nachw.

. . . „Der an sich richtige Satz: „daß dem Miether der einseitige Rücktritt vom Miethvertrage dann zustehe, wenn der fernere Gebrauch der Miethwohnung Gefahr für ihn herbeiführt", unterliegt nach der Natur der Sache und der bonae fidei-Natur des Contracts sehr wesentlichen Beschränkungen. Daß die Mangelhaftigkeit einer Miethwohnung bzw. die daraus für den Miether entstehenden Gefahren ein Rücktrittsrecht desselben nicht begründen können, wenn diese Beschaffenheit bzw. diese Gefahren durch die Schuld des Miethers selbst herbeigeführt sind, versteht sich von selbst und wird auch von den Vorrichtern nicht verkannt. Dasselbe gilt, wenn es sich um solche Mängel handelt, die nicht für Jedermann gleich empfindlich oder gleich bedrohlich sind, sondern nur der concreten Person wegen ihrer besonderen Qualification, etwa ihrer Constitution, ihres Gewerbes wegen u. s. w., erheblich erscheinen. Es ist ferner nicht richtig, daß allemal gänzliche Fehlerfreiheit des Miethobjects lex contractus beim Miethvertrage ist. Die Verhältnisse bringen es, zumal in größeren Städten, mit sich, daß die für die unteren Klassen bestimmten und die in stark bevölkerten oder engen und düsteren Straßen gelegenen Miethwohnungen ohne wesentliche Ausnahmen in den meisten Beziehungen, und ohne daß dabei die Höhe des Miethpreises als ausschlaggebend in Betracht käme, auch niedrig gestellten Anforderungen nicht entsprechen und doch gewählt werden, weil bei der Wahl einer Wohnung, auch abgesehen von der Preisfrage, häufig ganz andere Rücksichten maßgebend sind und sein müssen, als gesunde Beschaffenheit oder Schönheit und Bequemlichkeit. Ist es daher eine lediglich nach den Umständen des Einzelfalls zu beurtheilende Frage, welchen Grad von Fehlerfreiheit der Miether, namentlich beim Miethen im augenscheinlichen Zustande, zu erwarten berechtigt ist, und vermag überhaupt nur eine derartige Mangelhaftigkeit, welche, wenn sie bekannt gewesen wäre, nach verständigem Ermessen vom Abschluß abgehalten haben würde, zum Rücktritt zu berechtigen, so kann von diesem Recht jedenfalls dann nicht die Rede

sein, wenn die — nicht etwa während der Miethzeit erst entstandene, sondern bereits bei Eingehung des Contracts vorhandene — Mangelhaftigkeit oder Gefährlichkeit von vorn herein bei einiger Aufmerksamkeit zu erkennen bzw. nach Lage der Sache als wahrscheinlich zu erwarten war:

fr. 13 § 6 de damno inf. 39. 2; vgl. auch fr. 15 § 5 locati 19. 2 (propter vetustatem vinearum); fr. 48 § 4 de Aedil. Ed. 21. 1; Sintenis Civilrecht Bd. 2 § 118 N. 63; Weiske Rechtslexicon Bd. 7 S. 764 N. 147.

Nun ist im vorliegenden Fall allerdings als constatirt anzunehmen, daß die von der Klägerin im Hause des Beklagten gemietheten Localitäten nicht unerheblich an — in Folge des Bewohntseins auch äußerlich hervorgetretener — Feuchtigkeit und an Dumpfheit gelitten haben und in Folge davon, jedenfalls für Personen von der Constitution der Ersteren, auch ungesund gewesen sind; die richterliche Ueberzeugung geht jedoch auf Grund der erhobenen Beweise zugleich dahin, daß die Ursache dieser gesundheitsgefährlichen Beschaffenheit nicht in außergewöhnlichen und nicht vorauszusehenden Umständen, sondern zum bei Weitem größten Theile in der ungünstigen Lage und mangelhaften Einrichtung der Wohnung zu finden, mithin auf Umstände zurückzuführen ist, welche der Klägerin bei Eingehung des Miethverhältnisses bei der von ihr zu verlangenden Aufmerksamkeit nicht entgehen konnten. Wenn aber selbst die von dem Dr. B. bekundete Feuchtigkeit der Wohnung, insbesondere der Wohnstube, das zu erwartende Maß um Etwas überschritten haben sollte, so liegt es am nächsten, die Ursache hiervon, auch ohne Beweis, in Umständen zu finden, welche nicht dem Beklagten zur Last fallen können, indem schon die Krankheit der Klägerin und das Vorhandensein eines neugeborenen Kindes in der Wohnung Maßregeln gegen die dadurch gesteigerten Uebelstände, insbesondere fortdauernde gründliche Ventilation, ausgeschlossen haben müssen.

Auch darauf, daß unter Umständen schon die auf gerechtem Grunde beruhende Besorgniß zukünftiger Schädigungen — und dazu würde die Erklärung des Arztes, daß die Beibehaltung dieser Wohnung für die Miethern gesundheits-, ja lebensgefährlich sei, ausreichen — ein Recht zum Rücktritt selbst dann giebt, wenn sie sich nachher als irrig oder doch übertrieben herausstellt, kann die Klägerin sich nicht berufen. Denn die betreffenden Gesetzesstellen (fr. 27 § 1, fr. 13 § 7 locati 19. 2; fr. 28, 33, 34 de damno inf. 39. 2) unterliegen denselben Beschränkungen, welche nach dem Obigen hinsichtlich der Mangelhaftigkeit vermietheter Localitäten im Allgemeinen gelten. Theils setzen sie, nach den vorkommenden Exemplificationen (metus ruinae, exercitus veniens) zu urtheilen, objective, nicht subjective Uebel voraus, theils kann der Umstand, daß nach ärztlicher Ansicht die Ungesundheit der Wohnung bei der Klägerin wirklich eine Krankheit zur Folge gehabt und eine schwerere in Aussicht gestellt hat, nur dieser, nicht dem Beklagten zur Last fallen, da sie die Wohnung im augenscheinlichen Zu-

ſtande, als eine vorausſichtlich den ſanitären Anforderungen nicht entſprechende, gemiethet hat und bezogen hat.

Nach allem dieſem, und ohne daß es weiteren Beweiſes . . . bedarf, kann die Klägerin durch die . . . Feuchtigkeit und in Folge deſſen Geſundheitsgefährlichkeit der fraglichen Miethwohnung, für ſich allein betrachtet, das beanſpruchte Rücktrittsrecht nicht rechtfertigen."

Erk. des OLG. zu Braunſchweig (1. Sen.) v. 26. Novbr. 1880 i. S. Ulrich w. Dreſe wegen Miethe. D.

---

192. Caſuelle Unmöglichkeit der Leiſtung bei der Dienſtmiethe.

Vgl. Bd. 6 Nr. 31; Bd. 16 Nr. 109; Bd. 19 Nr. 226.

Die Entſcheidung des OLG., daß der Kläger die Herausgabe der in ſeinem Eigenthum ſtehenden Bauervogtsdienſtkoppel von dem Beklagten zu verlangen zur Zeit nicht berechtigt ſei, beruht auf der Erwägung, daß der Beklagte nicht auf Widerruf oder Kündigung, ſondern auf Lebenszeit zum Bauervogt ernannt und daß er ſein Recht auf die ihm aus dem Dienſtcontract zuſtehenden Gegenleiſtungen in Folge der lauenburgiſchen Landgemeindeordnung vom 2. November 1874 nicht verloren habe, weil, wenn auch mit der Durchführung derſelben das Amt des Bauervogts wegfällig geworden ſei, doch die Landgemeindeordnung in die beſtehenden contractlichen Rechte nicht eingegriffen habe, nach den zur Anwendung zu bringenden allgemeinen Rechtsgrundſätzen aber bei dem Dienſtcontract der Vermiether der Dienſte, ſolange er dieſelben leiſten könne und zu leiſten bereit ſei, den Anſpruch auf die Gegenleiſtung habe, auch wenn der Miether der Dienſte dieſelben nicht annehmen könne oder wolle.

Die von dem Revidenten gegen den erſten Grund erhobenen Angriffe können für begründet nicht angeſehen werden. . . . Dem Appell.-Richter iſt auch darin beizutreten, daß die lauenburgiſche Landgemeindeordnung in die beſtehenden contractlichen Verhältniſſe nicht eingegriffen habe, und daß daher die Frage, ob dem Beklagten ungeachtet der Aufhebung des Bauervogtsdienſtes durch die Landgemeindeordnung ein Recht auf die ihm als Bauervogt beigelegten Emolumente zuſtehe, nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen zu beantworten ſei. Nicht gebilligt werden kann es aber, wenn der Appell.-Richter den unter Bezugnahme auf fr. 19 § 9 locati 19. 2 aufgeſtellten allgemeinen Satz, daß der Vermiether der Dienſte, ſolange er dieſelben leiſten könne und zu leiſten bereit ſei, den Anſpruch auf die Gegenleiſtung habe, auch wenn der Miether der Dienſte dieſelben nicht annehmen wolle oder nicht annehmen könne, gleichviel ob Letzteres in Folge des Geſetzes oder eines anderweitigen Zufalls eingetreten ſei, auf den vorliegenden Fall für anwendbar erachtet.

Da für die Rechtsverhältniſſe der Bauervögte die aus dem Staats-dienſtverhältniß ſich ergebenden beſonderen Grundſätze nicht maßgebend ſind, ſo ſind dieſelben nach den für den Dienſtmiethcontract geltenden Normen zu beurtheilen. Die Frage, welchen Einfluß die ohne Verſchulden des Contrahenten eingetretene Unmöglichkeit, die Dienſte zu leiſten, bzw. dieſelben anzunehmen (die nachfolgende caſuelle Unmöglichkeit der Leiſtung hat, insbeſondere, ob der Vermiether die Gegenleiſtung zu fordern berechtigt ſei, wird von den Rechtslehrern verſchieden beantwortet. Die Anſicht, daß bei den Obligationen auf ein Thun ſtets der Gläubiger die Gefahr zu tragen habe, ſofern nur ohne Schuld des Verpflichteten die Erfüllung nicht geſchehen könne, daß insbeſondere bei der Dienſtmiethe die von dem Vermiether der Dienſte nicht verſchuldete Unmöglichkeit der Leiſtung der Leiſtung ſelbſt gleichſtehe, und daß daher der Miether der Dienſte die Gegenleiſtung zu zahlen habe, ſofern nur die Unmöglichkeit der Erfüllung nicht durch ein Verſchulden des Vermiethers herbeigeführt worden ſei, kann für richtig nicht erachtet werden. Sie ſteht mit dem Weſen der zweiſeitigen Obligationen, bei welchen die Verpflichtung zur Leiſtung und die Verpflichtung zur Gegenleiſtung nicht als zwei geſonderte Obligationen, ſondern als zwei Hälften eines und desſelben Rechtsgeſchäfts anzuſehen ſind, ſowie mit dem Weſen der Dienſtmiethe, als einem auf eine gewiſſe Dauer berechneten Rechtsverhältniß, bei welchem die Vorleiſtung des Vermiethers die Vorausſetzung für die Gegenleiſtung des Miethers bildet, nicht in Einklang.

Bei der nahen Verwandtſchaft der Dienſtmiethe mit der Sachenmiethe und der weſentlichen Verſchiedenheit der Rechtsverhältniſſe beim perfecten Kaufcontract ſind bei Beantwortung der Frage über den Einfluß der caſuellen Unmöglichkeit der Leiſtung nicht die in den Rechtsquellen für den letzteren aufgeſtellten Grundſätze, wonach der Verkäufer durch dieſelbe nicht nur von jeder Haftung auf Leiſtung der Sache befreit wird, ſondern auch die Gegenleiſtung, den Kaufpreis, vom Käufer verlangen kann (fr. 5 de resc. vend. 18. 5; fr. 14, 15 de iure dot. 23. 3), ſondern die für die Sachenmiethe geltenden, nach denen der Vermiether das Miethgeld nur für die Zeit verlangen kann, während welcher er dem Miether die Benutzung der Sache gewährt hat (fr. 9 §§ 4, 6, fr. 19 § 6, fr. 30 § 1 locati 19. 2) analog anzuwenden. Darnach iſt als Regel davon auszugehen, daß der Miether der Dienſte zur Zahlung der Gegenleiſtung nur verpflichtet ſei, wenn und ſoweit die Leiſtung der Dienſte wirklich erfolgt iſt, und davon eine Ausnahme nur dann zuzulaſſen, wenn der Vermiether im Stande und bereit iſt, die Dienſte zu leiſten, der Miether aber durch ohne Verſchulden des Vermiethers eingetretene Hinderniſſe verhindert iſt, von den angebotenen Dienſten Gebrauch zu machen, oder keinen Gebrauch davon machen will, vorausgeſetzt, daß der Vermiether ſeine Dienſte nicht anderweitig verwerthet

hat. Die Quellenſtellen, auf welche man zur Bekämpfung dieſer Anſicht und zur Begründung der Behauptung ſich berufen hat, daß für die Dienſtmiethe dieſelben Grundſätze gelten wie für den perfecten Kauf, ſind nicht geeignet, dieſe letztere zu rechtfertigen. Insbeſondere kann das von dem Appell.-Richter angezogene fr. 19 § 9 locati 19. 2 nicht auf alle Fälle einer caſuellen Unmöglichkeit bezogen werden, namentlich nicht auf die Fälle, wo der Grund der Unmöglichkeit der Leiſtung nicht auf die Perſon des Miethers zurückzuführen iſt. Die const. 11 de cond. ob caus. dat. 4. 6, fr. 1 § 13 de extr. cogn. 50. 13, fr. 4 de off. ass. 1. 22, fr. 19 § 10 locati 19. 2 enthalten aus der beſonderen Stellung des Advocaten und des patronus fisci ſich ergebende ſinguläre Beſtimmungen. Eher würde ein Bedenken gegen die hier vertretene Anſicht aus fr. 38 pr. locati 19. 2 entnommen werden können, indem allgemein der Satz aufgeſtellt wird: qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet si per eum non stetit quominus operas praestet. Allein es erſcheint gerechtfertigt, dieſen dem liber regularum des Paulus entnommenen Satz einſchränkend dahin zu interpretiren, daß er, wie das fr. 19 § 9 cit., nur von ſolchen Fällen zu verſtehen ſei, in welchen der Miether die ihm vom Vermiether zur Verfügung geſtellten Dienſte nicht annehmen will oder kann, weil derſelbe mit den in den übrigen Quellenſtellen enthaltenen Principien und den ſonſtigen Grundſätzen des röm. Rechts nicht in Einklang ſtehen würde, wenn man ihn auf alle Fälle einer caſuellen Unmöglichkeit der Leiſtung beziehen wollte:

vgl. Mommſen Beiträge zum Obligationenrecht I § 30 S. 352 ff., III S. 415 ff.; Windſcheid krit. Ztſchr. f. d. geſ. Rechtswiſſenſchaft Bd. 2 S. 106 ff.; Windſcheid Pand. §§ 321, 401; v. Bangerow Pand. Bd. 3 § 591, VII; Sintenis Civilrecht Bd. 2 § 106 S. 471 ff.

Es genügt alſo nicht, daß der Vermiether der Dienſte perſönlich fähig und bereit iſt, die vermietheten Dienſte zu leiſten, ſondern er muß auch objectiv im Stande ſein, ſie zu leiſten. Das iſt aber vorliegend nicht der Fall, und es iſt inſofern unrichtig, wenn der Appell.-Richter davon ausgeht, es ſeien die Vorausſetzungen für die Anwendbarkeit des von ihm aufgeſtellten allgemeinen Rechtsſatzes gegeben. Es handelt ſich keineswegs lediglich um eine caſuelle Unmöglichkeit der Annahme der von dem Beklagten zu leiſtenden Dienſte, ſondern es liegt auch eine Unmöglichkeit der Erfüllung auf Seiten des Beklagten vor. Derſelbe iſt nicht im Stande, die vermietheten Dienſte zu leiſten und dem Miether zur Verfügung zu ſtellen. Denn durch die veränderte Geſetzgebung ſind die von den Bauervögten bisher geleiſteten Dienſte weggefallen, bzw. anderen Organen und Beamten übertragen. Es liegt alſo der Fall einer caſuellen Unmöglichkeit der Erfüllung vor, bei welchem allerdings der Zufall nicht in der Perſon des

Miethers sich ereignet, sondern die, eine nothwendige Voraussetzung der Möglichkeit der Erfüllung bildenden Verhältnisse betroffen hat.

Der Einwand des Beklagten, daß er zur Zeit nicht verpflichtet sei, die fraglichen Ländereien dem Kläger herauszugeben, ist daher nicht begründet, und war vielmehr Beklagter in der Hauptsache dem Klagantrage gemäß zu verurtheilen. . .

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 7. Decbr. 1880 in der preuß. (lauenb.) Sache v. B. w. B.

---

193. Widerruflichkeit des Vollmachtsvertrags*; Pflicht des Mandatars, die Vollmachtsurkunde nach erfolgtem Widerruf zurückzugeben**; einseitige Zurückbehaltung von Abschriften der Urkunde ist nicht gestattet.

*Vgl. Bd. 3 Nr. 49; Bd. 21 Nr. 232; Bd. 34 Nr. 204. — **Vgl. Bd. 19 Nr. 40; auch Bd. 11 Nr. 150; Bd. 22 Nr. 40; sowie Bd. 4 Nr. 115; Bd. 19 Nr. 230; Bd. 28 Nr. 29. Bd. 29 Nr. 28.

Der von den Beklagten geltend gemachte Einwand, daß die Klägerin ausweislich der Urkunde vom 7. August 1879 vertragsmäßig sich verpflichtet habe, die ihnen im März 1879 ertheilte Generalvollmacht bis zu ihrem Tode nicht zurückzunehmen, ist von den Vorderrichtern mit Recht verworfen worden. Aus der Natur des Vollmachtsvertrags, als eines wesentlich auf dem Vertrauen des Machtgebers zu dem Beauftragten beruhenden, zunächst nur die Interessen des Ersteren betreffenden Rechtsverhältnisses, folgt mit Nothwendigkeit der auch in den Quellen (fr. 12 § 16, fr. 22 § 11 mand. 17. 1; § 9 J. de mand. 3. 26) ausgesprochene Satz, daß die Vollmacht von dem Machtgeber dem Beauftragten gegenüber jederzeit widerrufen werden kann. Ein Vertrag, durch welchen dieses Widerrufsrecht ausgeschlossen, der Machtgeber über die Dauer seines Vertrauens hinaus gebunden wird, ist, weil mit dem Wesen des Rechtsgeschäfts in Widerspruch stehend, nicht verbindlich. Wenn auch ein Vertrag zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten, wonach die Vollmacht innerhalb einer bestimmten Zeit nicht zurückgenommen werden soll, nicht als gegen die guten Sitten verstoßend völlig ungültig ist, so kann doch auf Grund eines solchen Vertrages der Beauftragte nicht verlangen, daß ihm die Vollmacht nicht entzogen und ihm die Ausführung der Geschäfte, auf welche sie sich bezieht, überlassen werde, sondern nur etwa ein Anspruch auf Zahlung des für die Ausführung zugesicherten Honorars oder auf Entschädigung erhoben werden. Daß unter den Parteien ursprünglich nur ein nach den Grundsätzen über das Mandat zu beurtheilender Vertrag abgeschlossen worden, ergiebt sich aus der den Beklagten zugestellten Generalvollmachtsurkunde vom 21. März 1879 und ist auch unbestritten. Hätte

nun auch Klägerin nachträglich vertragsmäßig sich verpflichtet, diese den Beklagten ertheilte Generalvollmacht nicht zu kündigen, so würde dadurch das Wesen des ursprünglichen Vertrages selbst nicht verändert sein, sondern es sich nur fragen können, welche Entschädigungsansprüche den Beklagten wegen Nichterfüllung des neuen Vertrags vom 7. August 1879 zustehen.

Die Vorderrichter sind aber auch mit Recht davon ausgegangen, daß der Bevollmächtigte nach Aufhebung des Mandats durch Kündigung von Seiten des Machtgebers auf dessen Verlangen verpflichtet sei, die ihm ertheilte Vollmachtsurkunde herauszugeben. . . . Eine directe Entscheidung der Frage findet sich in den Rechtsquellen nicht. Denn fr. 8 pr. mand. 17. 1 bezieht sich auf diejenigen Urkunden, welche dem Bevollmächtigten zum Zweck der Ausführung des Mandats übergeben sind. Aus fr. 20 pr. h. t. ergiebt sich jedoch, daß der Mandatar nach Aufhebung des Mandats alles dasjenige dem Mandanten herausgeben muß, was er in Folge des Mandats und in Bezug auf dasselbe in Händen hat. Die ihm ertheilte Vollmachtsurkunde hat er aber zweifellos nur in Folge und in Bezug auf das Mandatsverhältniß erhalten. Ihre Ertheilung hat vor Allem den Zweck, dem Bevollmächtigten eine Legitimation beim Verkehr mit Dritten, bei den zur Ausführung des erhaltenen Auftrags erforderlichen Handlungen und Rechtsgeschäften zu verschaffen, da zur Begründung des Rechtsverhältnisses gemeinrechtlich der schriftliche Abschluß nicht nothwendig ist. Dieser Hauptzweck ist mit der Aufhebung des Mandats hinweggefallen und somit der Mandatar zur Rückgabe der Urkunde verpflichtet. Wenn die Revisionskläger, im Anschluß an die Ausführungen eines in Seuffert Archiv Bd. 19 Nr. 40 abgedruckten Urtheils, in welchem die Verpflichtung des Mandatars, die Vollmachtsurkunde nach Aufhebung des Mandats zurückzugeben, verneint wird, hervorheben, daß die Vollmachtsurkunde eine gemeinschaftliche Urkunde sei, weil sie im Interesse beider Contrahenten ausgestellt werde, und daß es für den Mandatar auch nach Aufhebung des Rechtsverhältnisses von großem Interesse sei, durch Vorlegung der Vollmachtsurkunde sowohl dem Mandanten, wie Dritten gegenüber sofort die Existenz und den Umfang der ihm ertheilten Vollmacht nachweisen zu können, so ist zwar anzuerkennen, daß die Vollmachtsurkunde insofern als eine gemeinschaftliche bezeichnet werden kann, als sie auch dazu dient, das zwischen den Contrahenten bestehende Rechtsverhältniß zu beurkunden und den Umfang des dem Mandatar ertheilten Auftrags festzustellen, sowie daß der Mandatar das bezeichnete Interesse hat. Allein daraus folgt nicht ein Recht des Mandatars auf den Besitz der ihm zum Zweck seiner Legitimation ertheilten Vollmachtsurkunde über die Dauer des Bestehens des Rechtsverhältnisses hinaus, sondern nur ein Anspruch darauf, daß der Mandant ihm bei Rückgabe der Urkunde eine Bescheinigung über den Um-

fang des ihm ertheilten Auftrags oder eine beglaubigte Abschrift der Vollmachtsurkunde mit dem Vermerk der erfolgten Aufhebung des Auftrags durch Kündigung gebe. In dem angezogenen Urtheil wird anerkannt, daß auch der Mandant ein Interesse auf Rückgabe der Vollmachtsurkunde nach Beendigung des Rechtsverhältnisses habe, dieses jedoch nur als ein dem Interesse des Mandatars gleichberechtigtes bezeichnet und hervorgehoben, daß der Mandant durch die Nichtrückgabe der Urkunde nicht gefährdet erscheine, wenn er das Mandat widerrufen habe, weil er sich durch Bekanntmachung des Widerrufs schützen könne. Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden; es muß vielmehr bei der Collision der beiderseitigen Interessen dasjenige des Mandanten als das überwiegende und berechtigtere angesehen werden. Wollte man dem Mandatar auch nach der Kündigung des Auftrags die ihm übergebene Vollmachtsurkunde belassen, so würde durch Mißbrauch derselben nicht allein der Mandant, sondern auch Dritte, welche im Vertrauen auf die durch den Besitz der Vollmachtsurkunde beschaffte Legitimation des Bevollmächtigten mit diesem contrahiren, sehr gefährdet werden können, zumal dann, wenn eine Generalvollmacht zur Verwaltung des gesammten Vermögens des Mandanten ertheilt ist. Es erfordert die Rücksicht auf den Schutz des Mandanten wie auf die allgemeine Rechtssicherheit, dem Mandanten das Recht zuzuerkennen, nach Beendigung des Auftragsverhältnisses die Rückgabe der Vollmachtsurkunde zu verlangen, was auch in den neueren Gesetzgebungen anerkannt ist.

Wenn in den vom OLG. für zutreffend anerkannten Entscheidungsgründen des Urtheils des LG. zu L. der von den Beklagten geltend gemachte Einwand, daß sie zur Deckung ihrer Geschäftsführung die herausverlangte Urkunde bedürfen, dadurch beseitigt wird, daß zur Deckung der Beklagten eine beglaubigte Abschrift der Vollmachtsurkunde vollkommen genüge, so könnte hieraus gefolgert werden, daß die Beklagten berechtigt seien, einseitig eine beglaubigte Abschrift der ihnen ertheilten Generalvollmachtsurkunde zu nehmen und zurückzubehalten. Diese Annahme würde jedoch nicht zutreffend sein. Ohne Zustimmung des Mandanten darf der Mandatar weder die während der Dauer des Rechtsverhältnisses etwa angefertigten beglaubigten Abschriften der Vollmachtsurkunde zurückbehalten, noch nach der Kündigung solche Abschriften für sich anfertigen lassen, er kann sein Interesse vielmehr nur in der obenbezeichneten Weise wahren.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 21. Jan. 1881 in der preuß. (hannov.) Sache Mauer w. Schröder. St.

---

194. Fortdauer des Mandats nach dem Tode des Mandanten?

Vgl. Bd. 33 Nr. 299 mit Nachw.

Das Mandat erlischt zwar, wenn der Mandant stirbt . . . (const. 15 mandati 4. 35). Hiervon wird jedoch dann eine Ausnahme gemacht, wenn

das Geschäft nicht vor dem Tode des Principals vollzogen werden kann. Es ist dieses zwar namentlich im Hinblick auf fr. 108 de solut. 46. 3 nicht unbestritten, doch wird diese Ausnahme mit Bezug auf fr. 27 § 1 mand. 17. 1: „Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio", sowie auf fr. 12 § 17 und fr. 13 eod. auch nach gemeinem Rechte vorwiegend angenommen:

vgl. Windscheid Pand. § 411 Nr. 2; Zimmern im Archiv f. civil. Praxis Bd. 4 S. 235; Holzschuher Theorie u. Casuistik Bd. 3 § 273; Arndts Pand. § 294; Heimbach im Rechtslexicon Bd. 7 S. 28; Glück Commentar Bd. 15 S. 336 Nr. 2.

Dieser Ansicht schließt sich auch das bayrische Landrecht an. . . .

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 3. Febr. 1881. V. Nr. I. 26/30.

v. L.

---

195. Anspruch des tantièmeberechtigten Agenten gegen den Principal auf Rechnungsablage.

Vgl. Bd. 25 Nr. 150; Bd. 31 Nr. 227; Bd. 34 Nr. 205 a. E.

Die Firma L. u. V. in Viersen hatte im Frühjahr 1877 den Kaufmann St. in Hannover als ihren geschäftlichen Vertreter, um in einem bestimmten, ihm zugewiesenen Bezirk Bestellungen von Waarenlieferungen für sie zu veranlassen, engagirt und ihm für seine Bemühungen eine Provision von 3% der eingegangenen Nettobeträge von allen Aufträgen, welche er der Firma L. u. V. zur Effectuirung direct übermachen würde, und eine gleiche Provision von 2% von allen schriftlichen Aufträgen zugesichert, welche zwar nicht direct durch ihn, aber überhaupt aus jenem District der Firma zugehen würden. In einem zwischen beiden Theilen im Sommer 1880 anhängig gewordenen Proceß verlangte St. (widerklagend) von der Firma L. u. V. Rechnungsablage über sämmtliche seit jener Zeit aus dem fraglichen District von Dritten ihr zugegangenen und demnächst effectuirten Aufträge, und ward diese Forderung für begründet erkannt. — Gründe des Berufungsurtheils:

„. . . Die Widerklage muß man mit dem 1. Richter für begründet erachten. Das in Streit befangene Rechtsverhältniß der Parteien hat insofern Aehnlichkeit mit der Societät, als der Widerkläger für die Widerklagte Geschäfte zu gemeinschaftlichem Vortheil vermittelte und sie, wenn auch nicht den Reingewinn, so doch die eingegangenen Preisbeträge nach einem gewissen Procentsatz theilten. Es erscheint daher gerechtfertigt, die Grundsätze von der Societät, welche jeden Gesellschafter zur Rechnungslegung über alle von ihm für die Gesellschaft gemachten Geschäfte verpflichten, hier analog zur Anwendung zu bringen (Arndts Pand. § 318; cf. HGB. Art. 253).

Uebrigens muß, wie mit Recht vom 1. Richter angenommen worden, auch nach den allgemeinen Grundsätzen über die Vertragstreue im Handelsverkehr (bona fides) die Widerklage für begründet gehalten werden. Das unterliegende Vertragsverhältniß ist im hervorragenden Sinn auf gegenseitiges Vertrauen gegründet. Wenn von allen aus dem Bezirk des Widerklägers überhaupt eingehenden Aufträgen von Waarenlieferungen dem Letzteren 2 % des Erträgnisses von Seiten der Widerbeklagten versprochen worden, so ist in diesem Versprechen auch die stillschweigende Zusage zu befinden, daß die effectuirten Aufträge nebst den eingegangenen Preisbeträgen dem Widerkläger namhaft gemacht werden sollten, da er ohne dieses seinerseits nicht in der Lage sein würde, diese Aufträge zu kennen, und die Widerbeklagte ihm die Verfolgung seiner Rechte einfach vereiteln könnte (Entsch. des ROHG. Bd. 17 S. 275 ff.)."

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 22. Febr. 1881 i. S. Lingenbrink u. Vennemann w. Louis Stern. W.

---

196. Uebergang der Rechte aus einem Jagdpachtvertrag auf die Erben eines Pächters gegen den Widerspruch des Mitpächters.

Kläger verlangte Anerkennung des Rechts, als Erbe seines Vaters in die Jagdpachtverträge einzutreten, welche Letzterer und Beklagter im Jahre 1875 mit der Gemeinde Dorfgill und dem Markwaldvorstand zu Grüningen auf 6 Jahre unter der Bedingung solidarischer Haftbarkeit für das Pachtgeld abgeschlossen hatten. — Der Beklagte entgegnete: durch die Pachtverträge sei eine Societät entstanden, welche mit dem Tode eines Gesellschafters endige, ohne daß die Erben desselben ein Recht auf Fortsetzung hätten. Beklagter könne sich zur Fortsetzung des Verhältnisses mit dem Kläger um so weniger verstehen, als er mit demselben im höchsten Grade verfeindet sei. Das Pachtverhältniß sei auch ein höchst persönliches, welches als solches nicht auf die Erben übergehe. Ueberdies gebe es nur ein actio communi dividundo, nicht auch eine actio communi ineundo.

Das LG. erkannte nach dem Klagantrag und die hiergegen verfolgte Berufung wurde verworfen. Beide Instanzen gingen von folgenden Gründen aus:

Schließen mehrere Pächter gemeinschaftlich einen Pachtvertrag ab, so entsteht dadurch eine communio und, wenn sie über die Art und Weise der Betheiligung und die Ausübung des Pachtrechts eine vertragsmäßige Einigung eingehen, ein Gesellschaftsverhältniß. Ob ein solches im Fragefalle vorgelegen hat, ist durch die Verhandlungen nicht festgestellt. Es kommt aber auch nichts darauf an. Denn das durch Vertrag begründete Gesellschaftsverhältniß wird zwar durch den Tod eines der Gesellschafter

beendigt und die Erben sind nicht gebunden durch den von dem Erblasser über die Ausübung des gemeinschaftlichen Rechts etwa eingegangenen Gesellschaftsvertrag; sie können vielmehr mit den übrigen Theilhabern einen neuen Gesellschaftsvertrag eingehen oder Theilung der Gemeinschaft verlangen. Allein die Rechte und Pflichten der Gesellschafter aus dem Pachtvertrag gehen, wenn nichts Anderes verabredet ist, activ und passiv auf die Erben über. Demgemäß können auch im vorliegenden Fall die Erben des verstorbenen Mitpächters die von diesem durch die Jagdpachtverträge erworbenen Rechte, welche lediglich vermögensrechtlicher Natur sind, ausüben, wie sie andrerseits auch den Verpächtern verhaftet bleiben. Von einem höchst persönlichen Rechtsverhältniß zwischen den Pächtern, welches mit dem Tode Eines von ihnen aufgehört hätte, kann keine Rede sein. Wenn auch vielleicht das bei Abschluß der Pachtverträge zwischen den Interessenten bestandene freundschaftliche Verhältniß zur gemeinschaftlichen Pachtung bestimmend mitgewirkt hat, so hat dies Motiv keinen Einfluß auf den Uebergang der für den einzelnen Theilhaber erworbenen Rechte auf seine Erben. Eine solche Wirkung hätte eine besondere Verabredung vorausgesetzt. Ebenso giebt auch das jetzige feindselige Verhältniß zwischen Kläger und Beklagtem keinen Grund ab zur Behinderung der Erben in der Ausübung ihres mit demjenigen des Beklagten vollkommen gleichen Rechts.

Urtheil des OLG. zu Darmstadt v. 12. Juli 1880 i. S. Kuhl w. Roth.

St—r.

---

197. Das benef. cedend. act. des Bürgen erstreckt sich auch auf die dem Gläubiger bestellten Sicherheiten, jedoch nicht, wenn der Gläubiger durch deren Cession Schaden erleidet.

Vgl. Bd. 32 Nr. 138.

Der auf Zahlung in Anspruch genommene Bürge verlangte Abtretung der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner nebst der darauf bezüglichen Hypothek. Verbürgt hatte er von der 35000 M. betragenden Forderung nur 5000 M. — Die 1. Instanz sprach ihm allerdings die Cession der Forderung zum entsprechenden Betrage zu, aber ohne die Hypothek, weil eine Theilung derselben gegen das Interesse des Gläubigers verstoße. Diese Entscheidung wurde in 2. Instanz gebilligt, indem ausgeführt wurde:

Zwar sei es anerkannt, daß das Recht des Bürgen auf Klagencession sich nicht auf die Abtretung der Schuldklage beschränke, sondern sich auch auf die für die Forderung des Hauptschuldners bestellten Sicherheiten, namentlich also auch auf ein für dieselbe constituirtes Pfandrecht, erstrecke. Dabei ergebe sich aber eine nicht bloß auf gesetzlicher Vorschrift beruhende, sondern schon aus der Natur der Sache entfließende Modification. Das

Recht des Bürgen auf Klagencession beruhe nämlich auf dem Gedanken, daß es in der Ordnung sei, wenn der Gläubiger etwas übertrage, was ihm nicht mehr nütze und doch dem zahlenden Bürgen von Vortheil sei. Wirkliche Opfer könne man aber dem Gläubiger nicht zumuthen; dieser könne deshalb in allen denjenigen Fällen die Abtretung verweigern, in welchen er ein ökonomisches Interesse an der Nichtabtretung nachzuweisen vermöge. Ein solches Interesse des Gläubigers stehe aber der vom Appellanten beanspruchten unbeschränkten Abtretung der Hypothek entgegen, denn dadurch würde eine Theilung der Hypothek herbeigeführt werden, dergestalt, daß dem Gläubiger und dem Bürgen der Erlös aus der Hypothek nach Verhältniß der Restforderung und der verbürgten Summe zugut kommen würde. Ein derartiges Ergebniß entspreche indeß nicht den Interessen des Gläubigers und könne übrigens auch nicht bei Eingehung des Bürgschaftsvertrags beabsichtigt sein.

Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen dieses Erkenntniß wurde aus folgenden Gründen verworfen:

„Der Beklagte hat das ihn verurtheilende Berufungserkenntniß als rechtsirrthümlich angefochten, weil es einen Verstoß gegen die const. 2 de fidei. et mand. 8. 41 enthalte. Dieser Angriff kann nicht für begründet erachtet werden.

Die erwähnte Gesetzesstelle geht von dem Fall aus, wo ein Gläubiger für mehrere Forderungen dieselbe Hypothek, aber nur für eine der Forderungen einen Bürgen besitzt, und giebt hierfür die Entscheidung, daß der Gläubiger zur Abtretung seiner Pfandrechte an den Bürgen erst dann verpflichtet sein solle, wenn seine gesammte Forderung getilgt sei. Diese Gesetzesvorschrift will nicht einen Unterschied statuirt haben zwischen dem zunächst entschiedenen Fall und dem andern, wo der Bürge nur für einen Theil der Gesammtforderung intercedirte, während die Hypothek des Gläubigers für die ganze Forderung bestellt ist; vielmehr weist schon die wörtliche Auslegung des Gesetzes darauf hin, die beiden Fälle gleichheitlich zu behandeln. Denn für den Bürgen, der sich nur für einen Theil einer größeren Forderung verbürgt hat, ist der andere Theil derselben ganz ebenso „alia causa“, wie es eine zweite selbständige Forderung für denjenigen Bürgen ist, der nur für eine von mehreren Forderungen sich verpflichtet hat. Wenn also in diesem letzteren Fall nach dem klaren Wortlaut der const. 2 cit. eine für die mehreren Forderungen zugleich bestellte Hypothek nicht abgetreten zu werden braucht außer nach Befriedigung des „omne debitum“, so erscheint es dem Wortlaut der Gesetzesstelle entsprechend, daß im erstgenannten Falle gleichfalls nur gegen Zahlung des „omne debitum“, d. i. der Gesammtschuld, also des verbürgten und unverbürgten Theils derselben, die Abtretung der Pfandklage verlangt werden kann. — Auch die logische Interpretation der gedachten

const. 2 cit. muß zum gleichen Ergebniß führen. Ohne Zweifel enthält diese Stelle eine consequente Anwendung des dem benef. cedend. act. zu Grunde liegenden Satzes, daß der Gläubiger nur da, wo er selbst keinen Schaden leidet, den Cessionsanspruch des Bürgen nicht verweigern darf. Diese Weigerung nimmt aber der römische Jurist in einem Fall als begründet an, wo der Gläubiger, welchem für mehrere Forderungen eine und dieselbe Hypothek bestellt ist, nach Befriedigung der einen Forderung zur Abtretung der Pfandklage gezwungen werden sollte, weil nach dem Grundsatz der Untheilbarkeit des Pfandrechts der Gläubiger ein Recht hat, die ganze Hypothek bis zum letzten Rest seiner Forderungen in Anspruch zu nehmen, und er in diesem Recht beeinträchtigt würde, wenn er, nachdem erst die eine Forderung getilgt ist, seine Pfandsicherheit ganz oder auch nur theilweise aufgeben müßte. Es ist nun augenscheinlich, daß vollkommen die gleichen Erwägungen zutreffen, wenn dem Gläubiger zugemuthet werden will, gegen Tilgung eines Theils seiner Forderung von der für diese Gesammtforderung bestellten Hypothek irgend etwas aufzugeben. Denn auch wenn ein Theil seiner Gesammtforderung wegfällt, hat der Gläubiger vermöge der Untheilbarkeit des Pfandrechts Anspruch auf die ganze Pfandsicherheit für den übrig gebliebenen Rest der Forderung; auch hier also würde der Gläubiger in seinem Recht gekränkt und an seiner Sicherheit Schaden nehmen, wenn er gezwungen würde, von letzterer etwas aufzugeben, weil der für einen Theil der Forderung haftende Bürge den ihn treffenden Betrag bezahlt hat oder zu zahlen bereit ist.

Um einen diesfälligen Cessionsanspruch des Bürgen zurückzuweisen, bedürfte es übrigens nicht einmal des Vorgangs der const. 2 cit. Auch wenn diese specielle Gesetzesvorschrift nicht vorläge, müßte aus dem allgemeinen Princip der Rechtswohlthat der Klagencession gefolgert werden, daß dem Gläubiger bei Tilgung eines Theils seiner Forderung durch den für diesen Theil haftenden Bürgen eine die Sicherheit der Restforderung beeinträchtigende Abtretung seines Pfandrechts nicht auferlegt werden darf.

Dem Ausgeführten zufolge hat der Appell.-Richter, indem er den Beklagten mit seinem eingangs erwähnten Verlangen abgewiesen hat, weder gegen die const. 2 de fidei. et mand. 8. 41 verstoßen, noch sonstwie rechtsirrthümlich geurtheilt."

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 10. Decbr. 1880 in der preuß. (holstein.) Sache Nissen w. Ahlmann.

---

198. Ueber den Entschädigungsanspruch der Angehörigen bei einer widerrechtlichen Tödtung.

Vgl. Bd. 31 Nr. 36 mit Nachw.

„Die Ehefrau des Klägers ist am 3. Februar 1878 auf der von der Beklagten betriebenen Eisenbahn bei einem von einem Locomotivführer ver-

schuldeten Unfall getödtet worden. Nachdem die Beklagte die Beerdigungskosten erstattet hat, verlangt der Kläger gegenwärtig Ersatz des Schadens, welchen er dadurch erleidet, daß er die Unterstützung seiner Frau in seinem Hauswesen und bei der Betreibung seines Gewerbes entbehren muß. Da dem Kläger ein gesetzlicher Anspruch auf Unterhalt gegen seine Ehefrau nicht zustand, so läßt sich der erhobene Anspruch auf das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 (vgl. § 3 Nr. 1 a. E.) nicht stützen. Der Berufungsrichter hat, abweichend von dem Richter 1. Instanz, die Klage nach dem § 25 des preuß. Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 als begründet angesehen. Es fragt sich, ob der von der Beklagten gegen diese Entscheidung erhobene Angriff gerechtfertigt ist. . . .

Der § 25 a. a. O. lautet: „Die Gesellschaft ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen und Gütern, oder auch an anderen Personen und Sachen entsteht ꝛc." Der Paragraph bezeichnet also den zu ersetzenden Schaden nur im Allgemeinen als den Schaden „an den Personen" und Gütern. — Geht man nun, um zu ermitteln, ob hierunter der für den Ehemann in seinem Hauswesen und seinem Gewerbebetrieb durch den Tod seiner Frau entstehende Schaden mitbegriffen ist, auf die allgemeinen Rechtsvorschriften zurück und untersucht man, inwieweit nach diesen im Fall einer widerrechtlichen Tödtung die Angehörigen des Getödteten einen Schadensersatzanspruch haben, so ergiebt sich Folgendes:

Die lex Aquilia gewährt im Fall der Tödtung eines freien Menschen anderen Personen überhaupt keinen Anspruch auf Entschädigung. Indessen ist im gemeinen Recht durch den Gerichtsgebrauch den unversorgten Kindern, sowie der Wittwe des Getödteten, wenn sie durch die Tödtung ihres Versorgers beraubt worden sind, ein Recht auf standesmäßigen Unterhalt gegen den Schuldigen eingeräumt. Einzelne Entscheidungen sind weiter gegangen: so ist durch ein Erk. des OAG. in Wiesbaden (vgl. Archiv für die Praxis des im Herzogthum Nassau geltenden Rechts Bd. 1 S. 40 ff.) dem Vater eine Entschädigung für die ihm durch die widerrechtliche Tödtung des in seiner Gewalt befindlichen Sohnes entzogenen Dienste desselben, und durch Erk. des preuß. OTr. (vgl. Striethorst Archiv Bd. 16 S. 261 ff.)[1]) dem Ehemann ein Ersatz für den durch die Tödtung seiner Frau entstandenen Schaden zugesprochen. Nach der vorherrschenden Ansicht hat aber der

[1]) Vgl. auch in Seuffert Archiv Bd. 24 Nr. 116 ein Erk. des OG. in Wolfenbüttel v. 20/21. Septbr. 1868, worin dem Interimswirth eine Entschädigung für eine widerrechtliche Beschädigung und dadurch herbeigeführte Arbeitsunfähigkeit des Anerben zugesprochen wird. — Desgl. in Bd. 29 Nr. 137 ein Erk. des OTr. in Berlin v. 13. Novbr. 1873, in welchem dem Sohn des Verletzten der Ersatz verwandter Kurkosten und Alimente auf Grund der aquil. Klage zuerkannt ist. (S. d. Note daselbst.) (S.)

Gerichtsgebrauch den Kreis der entschädigungsberechtigten Angehörigen nicht weiter als oben angegeben ausgedehnt:

vgl. unter Anderen Glück Commentar Bd. 20 S. 341, 342; Holzschuher Handb. 3. Aufl., von Kunze, Bd. 3 S. 1110; Sintenis gem. Civilr. 3. Aufl. Bd. 2 S. 774; Windscheid Pand. 3. Aufl. Bd. 2 § 455 N. 19; ferner Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 44, Bd. 13 Nr. 144, Bd. 30 Nr. 146, Bd. 31 Nr. 36; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 1 S. 90.

Nach dem allg. preuß. Landrecht haben im Fall der widerrechtlichen Tödtung eines Menschen, abgesehen von der Erstattung der Kur-, Begräbniß- und Trauerkosten, die Wittwe und die Kinder des Getödteten, sowie diejenigen Personen, welche nach den Vorschriften der Gesetze Unterhalt von dem Getödteten zu fordern berechtigt gewesen wären, einen Anspruch auf Unterhalt, bzw. Erziehung und Ausstattung gegen den Schuldigen (Thl. I Tit. 5 §§ 98—109). Der Umfang dieses Anspruchs ist nach dem Grade der dem Verpflichteten zur Last fallenden Verschuldung verschieden bestimmt. Im Fall einer aus geringem Versehen erfolgten Tödtung hat die „Familie" nur einen Anspruch auf Ersatz der Kur-, Begräbniß- und Trauerkosten (§ 110 das.). Von diesen Kosten abgesehen können nur die Wittwe, die Kinder und die Unterhaltungsberechtigten einen Entschädigungsanspruch erheben. Andere Angehörige (wie Gruchot Beiträge Bd. 4 S. 169 annimmt) haben einen solchen Anspruch nicht." — Dieses ist aus dem Inhalt der bezüglichen Paragraphen des Landrechts und aus den Materialien zu denselben näher begründet. Dann heißt es:

„Weder das allg. Landrecht noch das gemeine Recht (wenigstens nach der vorherrschenden Ansicht) giebt also dem Ehemann als solchem einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Tödtung seiner Frau entstandenen Schadens. Wenn nun auch das Eisenbahngesetz § 25 insofern von den allgemeinen Rechtsregeln abweicht, als es die Eisenbahngesellschaften auch ohne daß ihrerseits ein Verschulden vorliegt, in den angegebenen Fällen für entschädigungspflichtig erklärt, so läßt sich doch nicht annehmen, daß es bei der Frage, in welchem Umfange der durch einen Eisenbahnunfall entstandene Schaden zu ersetzen sei, weiter als die entsprechenden civilrechtlichen Vorschriften habe gehen wollen. Wäre eine solche Absicht vorhanden gewesen, so würde sie ohne Zweifel zum Ausdruck gekommen sein.

Für eine den Kreis der Entschädigungsberechtigten erweiternde Auslegung des § 25 läßt sich nicht etwa geltend machen, daß nach den neueren Rechtsanschauungen die Vorschriften des älteren Rechts als zu eng angesehen werden müßten und daher nicht anzunehmen sei, daß der Gesetzgeber bei denselben habe stehen bleiben wollen. Denn auch die neueren deutschen Gesetze und Gesetzentwürfe sprechen im Fall einer widerrechtlichen Tödtung, abgesehen von der Erstattung der Kosten der Krankheit und des Begräbnisses, nur denjenigen Personen eine Entschädigung zu, welche einen Alimentations-

anspruch gegen den Getödteten gehabt haben würden, wobei allerdings nicht immer hinzugefügt ist, daß der Anspruch unmittelbar aus dem Gesetz hervorgehen müsse. Die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer wesentlichen Erweiterung der bezüglichen Vorschriften des Landrechts und des gemeinen Rechts ist daher bis jetzt nicht anerkannt:

vgl. württembergisches Gesetz vom 5. September 1839 Art. 13; hessischen Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs Art. 661; bayerischen Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs Art. 941; sächsisches Gesetzbuch Art. 1492; dresdener Obligationenrechts-Entwurf Art. 1008.

Dem letzteren Entwurf hat sich in dem fraglichen Punkt das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 angeschlossen; in den Motiven ist dazu bemerkt, daß eine Veranlassung darüber hinauszugehen nicht anerkannt werden könne (Reichstagsverhandlungen von 1871 Bd. 3 S. 72).

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß dem angefochtenen Erkenntniß eine unrichtige Auslegung des Eisenbahngesetzes von 1838 zu Grunde liegt. In der Sache selbst muß der Anspruch des Klägers schon deshalb als unbegründet angesehen werden, weil, wie oben ausgeführt, der Ehemann als solcher, abgesehen von den nicht in Betracht kommenden Kosten der Krankheit und der Beerdigung, weder nach dem § 25 des Gesetzes von 1838 noch nach dem allg. Landrecht einen Anspruch auf Entschädigung für die Tödtung seiner Frau hat."

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 5. Jan. 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Schade w. Berlin-Görlitzer Eisenbahngesellschaft.

Was die beiden in vorstehendem Urtheil erwähnten, von der herrschenden Ansicht abweichenden Entscheidungen anlangt, so war in dem von dem früheren OAG. in Wiesbaden unterm 19. Octbr. 1852 entschiedenen Fall der Beklagte durch das Urtheil des Assisenhofs in Gemäßheit des § 304 der nassauischen Strafproceßordnung, wonach jedes verurtheilende Straferkenntniß über die Verbindlichkeit des Verurtheilten zur Entschädigung des Verletzten eine Entscheidung zu geben hatte, rechtskräftig verurtheilt, dem Kläger den ihm durch die Tödtung seines in der väterlichen Gewalt befindlichen Sohns verursachten Schaden zu ersetzen. In dem Verfahren vor den Civilgerichten handelte es sich um Liquidation dieses Schadens. Das OAG. nahm an, daß der dem Beklagten verursachte Schaden darin bestehe, daß ihm die Dienste des getödteten Sohns entzogen seien, und daß der Beklagte daher zur Entschädigung dem Kläger die Mittel gewähren müsse, sich die Dienste eines dazu geeigenschafteten Dritten zu verschaffen. Es legte in dieser Hinsicht dem Kläger einen Beweis auf. Darüber, wie lange die Entschädigung gewährt werden sollte, spricht sich das Erkenntniß nicht ausdrücklich aus; anscheinend sollten aber die jährlichen Prästationen dem Kläger auf seine Lebensdauer zugesprochen werden, wofern er nicht in eine Lage gerathen sollte, in welcher er die Dienste eines Dritten zum Ersatz derjenigen seines Sohns nicht mehr gebrauchen würde.

In dem von dem früheren preuß. OTr. durch Erk. v. 27. Febr. 1854 entschiedenen Fall hatte der Kläger den Beklagten auf Entschädigung für den ihm durch die culpose Tödtung seiner Ehefrau verursachten Schaden belangt. Das OTr. erkannte in Uebereinstimmung mit der 2. Instanz den Anspruch als begründet an, indem es annahm, daß nach röm. Recht in einem solchen Falle eine utilis actio legis Aquiliae stattfinde, und daß

wenn Rechtssprüche und Autoren der Ehefrau und den Kindern eines getödteten Mannes Alimentationsansprüche gegen den Beschädiger zugesprochen hätten, hierin die Anwendung desselben Princips auf einen andern Fall zu finden sei. Wck.

---

199. Ueber die heutige Anwendbarkeit der popularen und sonstigen römischrechtlichen Interdicte zum Schutz des Gebrauchs öffentlicher Sachen.* Es genügt, daß die Sache sich factisch in usu publico befindet. Legitimation des von der Störung Betroffenen zur Anstellung des Interdicts aus fr. 2 § 45 ne quid in loco publico 43. 8.

*Vgl. Bd. 29 Nr. 139, 140, 141 mit Nachw.; Bd. 32 Nr. 47; Bd. 36 Nr. 95.

Der Gutsbesitzer R. hat auf einer Grundfläche, welche die Gemeinde E. als Gemeindeeigenthum und als öffentlichen Weg, R. dagegen als sein Eigenthum bezeichnet, einen Graben aufgeführt und hierdurch den Oekonomen S. von E. gehindert, auf diesem angeblich öffentlichen Wege Baumaterialien zu fahren. S. erhob deshalb gegen R. Klage wegen Ersatzes des ihm durch die Absperrung des fraglichen Weges zugegangenen Schadens. Die Instanzgerichte erkannten den Anspruch als begründet an, wobei sie thatsächlich feststellten, daß die fragliche Grundfläche factisch in usu publico sich befinde. Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen:

„Aus den Feststellungen der Instanzgerichte ergiebt sich, daß es sich im gegenwärtigen Rechtsstreit um eine widerrechtliche Störung eines thatsächlichen Zustandes handelt, daß civilgerichtlicher Schutz im Gebrauch einer öffentlichen Sache gegen Beeinträchtigung durch Willkür eines Einzelnen angerufen wird, und daß demnach der in Frage stehende Rechtsstreit unter den Gesichtspunct eines Interdictenprocesses subsumirt werden muß.

Hierbei bedurfte die Frage, ob der fragliche Weg wirklich ein öffentlicher, oder nur ein privater ist, einer vorgängigen rechtskräftigen Entscheidung nicht, da nach der Natur der gestellten Klage, welche nur unter den Gesichtspunct der widerrechtlichen Störung eines thatsächlichen Zustandes fällt, im gegebenen Fall diese Frage für die Entscheidung des Rechtsstreites ohne Präjudiz ist. — Auch der Einwand des Beschwerdeführers, daß Kläger zur Klage nicht legitimirt, sondern daß nur die Gemeinde berechtigt gewesen sei, gegen den Beklagten die gesetzlichen Wege einzuschlagen, widerlegt sich durch die Bestimmung des Civilrechts, daß das interdictum ne quid in loco publico etc., welches nicht nur auf Aufhebung der Störung, sondern auch auf Schadensersatz geht, auch dem zunächst durch die Störung Betroffenen gegen den Störer zusteht (Puchta Pand. § 35a; Seuffert Archiv Bd. 29 Nr. 140). — Auch der Ansicht des Beschwerdeführers, daß die gestellte Klage aus dem interdictum ne quid etc. über-

haupt nicht zulässig sei und daß abgesehen hiervon das genannte Interdict im heutigen Recht seine Anwendbarkeit verloren habe, kann nicht beigetreten werden.

Der Schutz der öffentlichen Wege und deren Erhaltung für den Gebrauch war auch nach röm. Recht zunächst Aufgabe der Behörden, welche dieser eine von Parteianträgen unabhängige Thätigkeit zu widmen hatten, und enthält darüber Dig. Tit. 43. 10 die näheren Vorschriften. Das röm. Recht eröffnete aber zur Erreichung dieses Zwecks auch noch einen andern Weg durch eine Klage gegen den Verletzer, welche entweder jedem Gliede des Gemeinwesens als Vertreter der Gesammtheit — Popularklage —, oder dem zunächst durch die Verletzung Betroffenen gegeben und je nach der Beschaffenheit der eingetretenen Gebrauchsstörung theils prohibitorisch, theils restitutorisch ist und in einzelnen Fällen auch auf Schadensersatz gerichtet werden kann. Es ist dies eine auf der Interdictenbefugniß des Prätors fußende summarische Klage zum Zweck eines außerordentlichen richterlichen Schutzes, wenn es um des öffentlichen oder eines Privatinteresse willen darauf ankommt, einen factischen Zustand schleunig zu ordnen oder Gefahr und Störung der öffentlichen Ordnung abzuwenden. Die Voraussetzungen und Folgen dieser Klage sind in dem Digestentitel ne quid in loco publico etc. 43. 8 behandelt, und sind dort verschiedene Interdicte aufgestellt, nämlich in fr. 2 § 20 ein prohibitorisches, in fr. 2 § 35 ein restitutorisches, ein weiteres in fr. 1 und 2 pr. ff., endlich das in fr. 2 § 45 gegebene Interdict. Das letztgenannte behandelt speciell die Störung in dem Gebrauch eines öffentlichen Weges und giebt dem dadurch Benachtheiligten einen Anspruch gegen den Thäter auf Unterlassung der Störung u. s. w. und insbesondere auch auf Schadensersatz.

Was nun die Frage anbelangt, ob dieses letztgenannte Interdict, dessen factische Voraussetzungen im gegebenen Fall festgestellt sind, auch im heutigen gemeinen Recht noch zur Anwendung gebracht werden kann, so war auch diese Frage zu bejahen. Die Privatansprüche aus der Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen, welche das prätorische Edict zugelassen hat, haben nur insoweit heutzutage ihre Anwendbarkeit verloren, als es sich um die *populare* Eigenschaft dieser Klagen handelt, vermöge welcher sie von Jedermann erhoben werden und nicht bloß für die Streittheile, sondern auch für weitere Kreise rechtskräftige Entscheidungen herbeiführen konnten. Diese prätorischen Rechtsmittel gelten hingegen auch jetzt noch, wenn es sich um eine Störung in der Benutzung öffentlicher Sachen handelt und nur der Verletzte zur Wahrung seiner eigenen Interessen Klage erhebt, und insbesondere in dem Fall, wenn sie Schadensersatz betreffen.

Sintenis Civilrecht 3. Aufl. Bd. 1 S. 418 ff.; Puchta Pand. § 35*; Windscheid Pand. Bd 2 § 467; Keller Pand. § 380; Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. 2 S. 189; Seuffert Pand. Bd. 2 S. 416; Seuffert Archiv Bd. 27 Nr. 135, Bd. 29 Nr. 139, 140, Bd. 32 Nr. 47.

Es ist richtig, daß einige Rechtslehrer des gemeinen Rechts Zweifel darüber angeregt haben, ob die in Frage stehenden Interdicte in unserer Zeit noch praktische Geltung haben. Allein weitaus überwiegende Gründe sprechen für die Bejahung dieser Frage, und auch das bayr. Landrecht hat die Frage in bejahendem Sinne entschieden.

Irrthümlich ist auch die vom Nichtigkeitskläger aufgestellte Ansicht, daß es zur Anwendung des fraglichen Interdicts nicht genüge, wenn, wie es im angegriffenen Urtheil geschehen, nur festgestellt sei, daß die fragliche Fläche sich in usu publico befinde. Der Beschwerdeführer hat hierbei übersehen, daß die zum Schutz des Gebrauchs öffentlicher Sachen gegebenen Interdicte unter den Gesichtspunct widerrechtlicher Störung eines öffentlichen Zustandes fallen, daß sie, was schon aus ihrem prätorischen Charakter folgt, dazu bestimmt sind, die gestörte Ordnung eines bestehenden factischen Zustandes in summarischer Weise wiederherzustellen, und es muß daher zur Anwendbarkeit des hier in Frage stehenden Interdicts die Feststellung, daß zur Zeit der Störung der fragliche Weg im öffentlichen Gebrauch sich befunden hat, als genügend erachtet werden."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 8. Febr. 1881. HV. Nr. 5794.

v. L.

---

200. Der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft als Bevollmächtigter oder Repräsentant der Gesellschaft im Sinn des § 2 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871.

„Der Angriff der Revision richtet sich dagegen, daß der Berufungsrichter den Theilhaber der beklagten Firma, V., zu denjenigen Personen rechnet, für welche die Firma nach § 2 des Haftpflichtgesetzes zu haften habe, namentlich als Repräsentanten ansieht. Jedenfalls ist ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, wenn er nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, nach den ihm im Art. 102 des HGB. eingeräumten Rechten und Pflichten im Sinn des § 2 des Haftpflichtgesetzes als ein Bevollmächtigter der Gesellschaft anzusehen, und da ein Ausschluß des V. nicht festgestellt worden, ist er mit Recht zu den im § 2 aufgeführten Personen gerechnet, für welche derjenige, der eine Fabrik betreibt, haftet. Das Bedenken, daß bei dem Gesellschafter nicht von Dienstverrichtungen die Rede sein könne, bei deren Ausführung nach § 2 das zu vertretende Verschulden eingetreten sein soll, ist nicht begründet. Der Ausdruck „Dienstverrichtungen" ist in einem weiteren Sinn zu verstehen, es sind darunter Verrichtungen für die Gewerbeanstalt in Folge der Stellung des Betreffenden zu ihr gemeint. Dies ergiebt sich daraus, daß bei einem Bevollmächtigten und einem Repräsentanten, wenn man unter Letzterem nur den Repräsentanten einer bergrechtlichen Gewerkschaft versteht, von einem eigentlichen Dienst-

verhältniß regelmäßig nicht die Rede sein kann. Die vorgebrachte Begründung der Revisionsanträge ist darnach nicht haltbar."

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 20. Octbr. 1880 in der preuß. Sache Gehring w. Jörgens u. Börckel. Wck.

---

201. Reichshaftpflichtgesetz. Verjährung des Anspruchs aus einem Unfall, der sich vor Erlaß des Gesetzes ereignete, dessen Folgen aber erst später hervortraten.

Vgl. Bd. 33 Nr. 94; Bd. 35 Nr. 130.

Kläger bestreitet den in Wissenschaft und Rechtsprechung anerkannten Grundsatz nicht, daß Gesetze, welche die Verjährung neu regeln, im Zweifel auch auf früher entstandene Ansprüche in Anwendung zu bringen seien, sofern nur im Fall der Abkürzung die kürzeren Fristen erst von dem Zeitpunct an gerechnet werden, wo das neue Gesetz in Kraft trat. Er würde demnach die Anwendung des Reichshaftpflichtgesetzes auf den vorliegenden Fall wohl dann nicht bekämpfen, wenn das Ereigniß, durch welches die Verletzung des Klägers herbeigeführt worden ist, vor dessen Inkrafttreten sich zugetragen hätte, und wenn zugleich ebenfalls vor diesem Zeitpunct die schädlichen Folgen hervorgetreten wären. Er bestreitet dagegen die Anwendbarkeit des neuen Gesetzes für den Fall, wenn der Schaden (des vorherigen Unfalls) erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes erkennbar geworden ist. Für diesen letzteren Fall soll also die Lage des Klägers eine günstigere sein, als sie dann sein würde, wenn das beschädigende Ereigniß sich unmittelbar nach der Verkündung des neuen Gesetzes zugetragen und dessen Erfolg sich erst nach Ablauf der in diesem Gesetz bestimmten Verjährungszeit gezeigt hätte. . . . Es fehlt aber an einem inneren Grunde, die Verjährung für den Kläger im einen Fall günstiger zu beurtheilen als im andern, bzw. im einen Fall die aus dem neuen Gesetz sich ergebende Consequenz, daß ein Klagrecht verloren sein kann, obgleich der Schaden nicht bemerkbar gewesen ist und daher noch nicht auf dessen Ersatz geklagt werden konnte, anzuerkennen, im andern Fall aber diese Folge des neuen Princips abzulehnen. Bei diesem neuen Princip tritt der sonst bei der Verjährung maßgebende Gesichtspunct der Versäumniß hinter der Absicht des Gesetzgebers zurück, für Fälle dieser Art wegen der Schwierigkeit des Beweises und aus andern Rücksichten dem Klagrecht ein kurzes Ziel zu setzen.

Damit erledigt sich auch das etwaige Bedenken, daß dem Kläger, solange er seine Verletzung noch nicht in ihrem vollen Umfange kannte, seine Säumniß in Erhebung der Klage vorgeworfen werden könne, denn wie gezeigt ist das Klagrecht ohne Säumniß des Verletzten nach Ablauf der kurzen

Frist auch erloschen, wenn sich der Unfall unter der Herrschaft des neuen Gesetzes zugetragen, dessen schädliche Folge aber erst nach längerer Zeit sich gezeigt hat. . . .

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 16. Jan. 1880 in einer badens. Sache. Wallmann deutsche Juristenzeitung Bd. 4 S. 384.

---

202. Maßgebender Zeitpunct für die Werthabschätzung bei Expropriationen.

Vgl. Bd. 4 Nr. 117; Bd. 14 Nr. 226; Bd. 25 Nr. 29 Ziff. 2; Bd. 31 Nr. 42, 130; Bd. 33 Nr. 36; Bd. 34 Nr. 305.

Hinsichtlich des Zeitpuncts, welcher bei Bestimmung des Werths des enteigneten Grundstücks zum Grunde zu legen ist, muß der Ansicht des 1. Richters beigetreten werden. Die Zwangsenteignung ist, wie in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht

vgl. Beseler deutsch. Privatrecht (3. Aufl.) § 92; Gerber deutsch. Privatrecht (7. Aufl.) § 174[b]; Seuffert Archiv Bd. 14 Nr. 226, Bd. 34 Nr. 305

bereits früher hier angenommen worden (Seuffert Archiv Bd. 31 Nr. 42 S. 58), soweit sie das Gebiet des Privatrechts berührt, als Zwangskauf aufzufassen. Sie muß daher ebenso wie der Kauf als perfect, als abgeschlossen angesehen werden, sobald über den Gegenstand und den Preis Gewißheit vorhanden ist. Der zu enteignende Gegenstand wird im geordneten Verfahren durch die Staatsgewalt bestimmt. Sobald dieses geschehen, steht ferner fest, daß dem Enteigneten derjenige Preis gezahlt werden muß, welcher auf dem im Gesetz vorgeschriebenen Wege als der angemessene ermittelt wird; mithin ist die Bestimmbarkeit des Preises in diesem Moment vorhanden. Die Zulässigkeit der Bestimmung des Kaufpreises durch Bezugnahme auf Sachverständige ist in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt (const. 15 de contrah. emt. 4. 38; § 1 J. de emt. et vendit. 3. 23). Das Geschäft wird in solchem Fall als bedingter Kauf aufgefaßt. Im Fall der Enteignung ist, da das Gesetz den Eintritt der Bedingung verbürgt, der Kauf mit dem gedachten Moment als unbedingter zu Stande gekommen (vgl. auch Seuffert Archiv Bd. 31 Nr. 130). Wie beim freihändigen Verkauf in Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung der Contrahenten nur derjenige Werth in Betracht kommen kann, welchen das Kaufobject zur Zeit des Vertragsschlusses hat, so muß also bei der Enteignung der Zeitpunct der definitiven Feststellung des Enteignungsobjects, der Perfection der Enteignung, für die Werthbestimmung maßgebend sein.

Gruchot Beiträge Bd. 9 S. 101, 102; Seuffert Archiv Bd. 3 Nr. 176; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 2 S. 237; Bähr u. Langerhans das Gesetz über die Enteignung S. 97 ff.

... Die die Annahme eines früheren Zeitpuncts bezweckenden Deductionen der Beklagten erscheinen nicht gerechtfertigt. Die öffentliche Auslegung des Enteignungsplans ist nur eine die Perfection des Enteignungsgeschäfts vorbereitende Handlung; der Umstand, daß sie thatsächlich eine Preissteigerung zur Folge gehabt hat, ist für ihre rechtliche Natur ohne Bedeutung. Ebenso unerheblich ist es, ob Kläger Einwendungen gegen den Plan nicht erhoben hat und ob derselbe demnächst ihm gegenüber zur Verwirklichung gelangt ist; jedenfalls war die Enteignung derzeit noch nicht perfect; eine Zurückziehung des Moments der später eintretenden Perfection auf den ersten Tag der Planauslegung ist unzulässig. Wenn, wie Beklagte ausführt, ein ideales Enteignungsverfahren an einem Tage zu Ende geführt werden könnte, so berechtigt dieses doch nicht zu dem Schluß, daß die Zeit der ersten an jenem Tage vorgenommenen Handlung für die Abschätzung maßgebend sein müsse. Da ferner die in Gemäßheit des (preuß. Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 ergangene Entscheidung der Landdrostei in Folge des von Betheiligten eingelegten Recurses eine Abänderung erleiden und da dieses insbesondere auch hinsichtlich derjenigen Grundstücke, deren Eigenthümer kein Rechtsmittel eingelegt, eine Aenderung des Plans zur Folge haben konnte, so ist die Ansicht der Beklagten, daß mit dem Erlaß dieser Entscheidung das dem Kläger zu enteignende Object definitiv festgestanden, nicht zutreffend. Erst die nicht mehr anfechtbare Entscheidung des Handelsministers stellte das Enteignungsobject endgültig fest; Zustellung derselben war zu ihrer formellen Gültigkeit nicht erforderlich; der Tag des Erlasses jener Entscheidung, der 31. März 1876, ist also der Zeitpunct der Perfection der Enteignung und gleichzeitig der der Werthbestimmung zum Grunde zu legende Zeitpunct. . . .

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 25. Jan. 1881 i. S. der hannov. Staatsbahn w. Schrader. W.

---

203. Aus welchen Gründen kann (abgesehen vom Fall der Ehescheidung) dem Vater die Erziehung seines Kindes abgenommen werden?* — Streitigkeiten zwischen Privaten über die Frage, wem die Erziehung zu übertragen sei, sind vom Proceßgericht, nicht von der Obervormundschaft zu entscheiden.**

*Vgl. Bd. 25 Nr. 33, 34; Bd. 31 Nr. 244, 245 mit Nachw.; Bd. 33 Nr. 42, 314. — **Vgl. Bd. 3 Nr. 275; Bd. 22 Nr. 265 a. E.; Bd. 25 Nr. 172; Bd. 31 Nr. 244.

Nach dem Tode der Ehefrau des B. war das aus dieser Ehe hervorgegangene Kind in die Pflege des mütterlichen Großvaters S. gekommen. B. erhob gegen Letzteren Klage auf Herausgabe seines Kindes, welche Klage jedoch durch die Urtheile der Instanzgerichte aus materiellen Gründen abgewiesen wurde.

Bei Würdigung der eingelegten, aber als unbegründet zurückgewiesenen Revision führen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe zunächst aus, daß nach dem hier zur Anwendung kommenden bayr. Landrecht dem Vater ein absolut ausschließendes Recht auf die Erziehung der Kinder auf Grund seiner väterlichen Gewalt nicht zustehe, womit auch das gemeine Recht übereinstimme:

vgl. fr. 3 § 5 de lib. exhib. 43. 30; Puchta Pand. § 432; Sintenis Pand. § 140; Arndts Pand. § 437,

und daß insbesondere eine Ausnahme von der Regel des Vorrechts des Vaters auf die Erziehung der Kinder nicht nur zu Gunsten der Mutter gemacht werden könne, wie dieses nach röm. Recht auf Grund des fr. 1 § 3 l. c. der Fall, sondern daß diese Ausnahme sich auch auf die mütterlichen Ascendenten erstrecke.

Hiernach bemerken die Motive über die von dem Revisionskläger bestrittene Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung dieser nach seiner Ansicht lediglich den Curatelbehörden zuständigen Frage: „Bei der Curatelbehörde kann zwar, wenn eine Aenderung in der Person des Erziehers geboten erscheint, Jedermann die solche Aenderung erfordernden Umstände anzeigen, und ist es Sache der Officialthätigkeit der Obervormundschaft, die sachgemäßen Beschlüsse im Interesse des Wohls des Kindes zu fassen. Wie Mittermaier in seinem deutschen Privatrecht § 362 sagt, kann polizeiliche und obervormundschaftliche Rücksicht das Gericht bewegen anzuordnen, daß dem Vater aus Besorgniß seines schlechten Lebenswandels die Erziehung des Kindes abgenommen werde. Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß Streitigkeiten über das Erziehungsrecht zwischen jenen zur Erziehung gesetzlich berufenen Personen, worunter, wie erörtert, nicht bloß Vater und Mutter, sondern alle Ascendenten inbegriffen werden, auf dem Rechtswege ausgetragen werden; denn soweit die Erziehung als gewissen Personen vor Anderen zuständig gedacht ist, ist deren Anspruch darauf, auch abgesehen von der väterlichen Gewalt, auch rechtlich geschützt und Streit darüber möglich, wie Sintenis Pand. § 140 erörtert. Es steht hierbei ein Privatrechtsverhältniß zwischen zwei im entgegengesetzten Interesse Betheiligten in Frage, worüber die Gerichte zu entscheiden haben. Es ist nirgends vorgeschrieben, daß die Entscheidung solcher Differenzen dem Civilproceß entzogen und lediglich der Obervormundschaftsbehörde zur Erledigung im Officialverfahren anheimgegeben sei.

Da der Vater B. im Wege der Klage die Herausgabe des Kindes zur ferneren Erziehung fordert, so muß es dem Beklagten, mütterlichen Großvater S., auch gestattet sein, alle Gründe, welche dem Anspruch des Vaters entgegenstehen und für die Fortdauer seiner Erziehung sprechen, im Proceßwege geltend zu machen, worauf dann das Gericht zu entscheiden hat. Die Erziehungsgewalt kann den Eltern durch Richterspruch entzogen werden

(vgl. Windscheid Pand. § 525 N. 3; Burchardi im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 8 S. 179).

Der Revisionskläger beschwert sich endlich auch darüber, daß die Instanzgerichte in den festgestellten Thatsachen eine iustissima causa, ihm die Erziehung seines Kindes zu entziehen, gefunden haben, während hierzu nach fr. 3 § 5 de lib. exhib. 43. 30 nequitia patris erfordert werde. Allein in der bezeichneten Gesetzesstelle ist nur als Beispiel angeführt, daß der Vater ob nequitiam entfernt werden könne; keineswegs ist hier der einzige Fall bestimmt, wann dies geschehen kann. Das Gericht hat vielmehr alle Umstände des gegebenen Falls zu prüfen und aus deren Zusammenhalt zu erwägen und zu entscheiden, ob genügender Grund gegeben sei, dem Vater die Erziehung des Kindes abzunehmen und dieselbe unter den bestehenden Verhältnissen einem andern Ascendenten zu übertragen. Es ergiebt sich dies deutlich aus fr. 1 § 3 l. c., wo es heißt: aeque subveniendum erit ei (matri) per exceptionem ex iustissima causa. Es ist hiernach zu ermessen, ob ein genügender Rechtfertigungsgrund gegeben sei, um der Mutter, bei welcher das Kind verweilte, zur Hülfe zu kommen und das Kind derselben zu belassen; ebenso ist nach fr. 3 § 5 ibid. (tamen causa cognita mater in retinendo potior erit) die Sachlage zu prüfen und nach dem Ergebniß — causa cognita — der Mutter der Vorzug einzuräumen sine diminutione patriae potestatis. — Uebrigens ist der in fr. 3 § 5 l. c. gebrauchte Ausdruck „ob nequitiam“ selbst genereller Natur, da derselbe schlechten Lebenswandel, schlechtes Betragen, Untauglichkeit zu der in Frage stehenden Erziehung bedeutet (vgl. Arndts Pand. § 437; Sintenis § 140), was nach den vorliegenden Thatsachen und Verhältnissen zu beurtheilen ist.“ . . .

Es wird nun ausgeführt, daß durch die Instanzgerichte einerseits gewichtige Bedenken gegen die moralische Aufführung des Beklagten, andrerseits dessen häusliche und geschäftliche Verhältnisse in einer Weise festgestellt seien, wonach er als Wittwer und Gewerbsmann nicht in der Lage sei, seinem Kinde, zumal einem im zarten Alter stehenden Mädchen, die nothwendige Pflege und Erziehung angedeihen zu lassen. Damit habe das Berufungsgericht zwei gewichtige Momente für die Entscheidung constatirt, von denen das eine einen schlechten Lebenswandel, ein schlechtes Verhalten in familiärer Beziehung: nequitia, und das andere insonderheit das Wohl des Kindes betreffe.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 16. Decbr. 1880. Nr. I. 19 1880.

(v. L.)

204. Kann der Curator eines wahnsinnigen Volljährigen eine diesem angebotene Erbschaft durch Antretung definitiv erwerben? Accrescenzrecht der Miterben des vor Erwerb der Erbschaft im Wahnsinn verstorbenen Erben.

Vgl. Bd. 29 Nr. 250 mit Nachw.

Mit Recht haben die Vorinstanzen die Frage, ob der Curator eines wahnsinnigen Volljährigen eine diesem angebotene Erbschaft durch Antretung definitiv erwerben könne, verneint. Nach heutiger Rechtsanschauung ist zwar der Vormund eines geisteskranken Minderjährigen zur Antretung einer dem Letzteren anfallenden fremden Erbschaft befugt, da hierbei nur die Minderjährigkeit, nicht auch zugleich die durch den Wahnsinn herbeigeführte Handlungsunfähigkeit des Mündels entscheidet. Allein es mangelt an jedem inneren Grunde, diese Vertretungsbefugniß auf den Curator eines geisteskranken Großjährigen auszudehnen und in dieser Beziehung von der Vorschrift des gemeinen (römischen) Rechts abzugehen, wonach die Curatoren Wahnsinniger „in keiner Weise" eine Erbschaft mittels civiler oder prätorischer Antretung erwerben, sondern nur deren vorläufigen Verwaltungsbesitz erlangen können (const. 7 § 3 de cur. fur. 5. 70). Diese besonderen Bestimmungen des gemeinen Rechts sind durch ein entgegenstehendes allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht keineswegs aufgehoben, werden vielmehr in Theorie und Praxis fast ausnahmslos noch für anwendbar erachtet:

vgl. Windscheid Pand. § 596; Sintenis prakt. gem. Civilrecht § 183 N. 11; Seuffert Archiv Bd. 6 Nr. 307, Bd. 7 Nr. 69, Bd. 15 Nr. 233, Bd. 29 Nr. 250; Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 459 ff., N. F. Bd. 2 S. 419.

. . . Die Parteien sind darüber einverstanden, daß die Margaretha K. 1869 im Wahnsinne verstorben ist. Damit entschied es sich, daß dieselbe nicht Erbin ihrer Mutter und Geschwister werden konnte, und es muß nunmehr die Erbschaft denjenigen Personen herausgegeben werden, welche die nächsten Erben zur Zeit des Todes der Margaretha K. gewesen sind. Als solche erscheinen aber nicht diejenigen Intestaterben der ursprünglichen Erblasser, welche sich im Augenblick des Todes der Wahnsinnigen als die nächsten herausstellten, und noch weniger, wie dies die Revisionsklägerin behauptet, die nächsten Intestaterben der Wahnsinnigen, sondern diejenigen Miterben der Letzteren, deren Erbtheile seither durch das Vorhandensein der Wahnsinnigen geschmälert waren. Und diesen Miterben fielen die streitigen Erbtheile nach den Grundsätzen des Anwachsungsrechts kraft rechtlicher Nothwendigkeit, sogar gegen ihren Willen zu; auch traten, soweit diese Miterben zum Nachlaß der Mutter und Geschwister bereits vor der Wahnsinnigen weggefallen waren, deren Erben an ihre Stelle (const. unic. de cad. toll. 6. 51). Zu einem andern Ergebniß führt die

const. 7 § 8 de cur. fur. 5. 70 nicht. Denn dieses Gesetz redet gar von dem Fall, wenn der Wahnsinnige Miterben hatte, setzt vielmehr vor daß derselbe allein zu einer Erbschaft berufen war. Gerade mit S sicht hierauf wird verordnet, daß die nach dem Wegfallen des Wahnsinn berufenen Erben die ihnen angebotene Erbschaft antreten müssen.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 2. Novbr. 1880 i. S. Kirchstein Kirchstein. St

---

205. Ueber das Recht der Erbschaftsgläubiger, von den zu einem Nach Berufenen eine Erklärung über die Antretung zu fordern, insbesond über die processualische Geltendmachung desselben.

Vgl. Bd. 26 Nr. 251.

„Das angefochtene Urtheil weist die erhobene Klage als unbegründ deshalb zurück, weil der eingeklagte, auf Verurtheilung zur Abgabe ein Erklärung über die Antretung der in Frage stehenden Erbschaft gerichte Anspruch nicht Gegenstand eines Klaganspruchs sein könne, dergleiche Sachen vielmehr vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu zutragen seien, mithin im Grunde genommen wegen der proceßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges (CPO. § 247 Nr. 2). Allei diese Ansicht kann weder in ihrer historischen Begründung noch in ihre Ergebniß gebilligt werden.

Was zunächst das röm. Recht betrifft, so ist man gegenwärtig all gemein darüber einig:

daß das gewissen Interessenten und unzweifelhaft den Gläubigern des Erblassers zustädige Recht, von den zu einer Erbschaft Berufenen di Erklärung darüber, ob und zu welchem Antheil sie Erben geworden, bzw ob und wie sie die Erbschaft anzutreten Willens seien, zu fordern, ver mittels der interrogationes in iure verwirklicht wurde;

daß diese Interrogationen zur Zeit des Formularprocesses in das erst Stadium des Processes, in das Verfahren in iure, gehörten;

daß dem vor Gericht gerufenen und befragten Delaten das Recht zustand, die von ihm geforderte Antwort durch Inanspruchnahme eines spatium deliberandi vorerst abzulehnen, und

daß das im vorigen Urtheil angeführte fr. 1 § 1 de interrog. in iure fac. 11. 1 nur von dem Abkommen der interrogatoriae actiones, d. h. derjenigen dem Formularproceß angehörenden Klagformeln, welche das Ergebniß des Frageverfahrens in sich aufgenommen hatten, zu verstehen durchaus aber nicht ergiebt, daß das Recht der interrogationes in iure selbst derzeit in Abgang gekommen sei:

s. überhaupt Brinz Pand. 1. Aufl. Abth. 2 § 193 S. 813 ff.; Windscheid Bd. 3 § 598 Anm. 2; Dedekind das Deliberationsrecht des Erben und die interr

in iure fac. (Braunschweig 1870) und dazu Pfaff in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 13 S. 446 ff.; Ubbelohde im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 61 S. 56 ff.

Für alles dies ist unbestrittenermaßen die in dem angef. Erk. ferner citirte const. 9 de iure delib. 6. 30 eine der Hauptbelegstellen, und die Annahme der vorigen Richter, durch diese Stelle — welche überdies nur ein gewöhnliches Rescript für einen concreten Rechtsfall enthält — sei zum Ersatz für die abgekommenen interrogationes in iure ein außergerichtliches Rechtsmittel, die Befragung der zu einer Erbschaft Berufenen vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne gleichzeitigen Rechtsstreit, eingeführt worden, ist durch nichts zu rechtfertigen. Nur insofern wird im Zusammenhang hiermit das Gebiet der jetzt sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit auch schon nach röm. Recht berührt, als der Delat von dem mit dem Interrogationsrecht, soweit es sich auf einen Nachlaß bezog, nach dem Obigen in nahem Zusammenhang stehenden Deliberationsrecht — dessen Geltendmachung im Interrogationsverfahren als eine verzögerliche Einwendung erschien und höchst wahrscheinlich in diesem Falle durch den Prätor (a. M. Ubbelohde a. a. O. S. 59) mit erledigt wurde — auch freiwillig Gebrauch machen konnte, ja dies der gewöhnliche und vor Einführung des beneficii inventarii ein sehr häufiger Fall gewesen sein wird.

Es ist nun richtig, daß das Institut der Interrogationen, wie es die röm. Rechtsquellen enthalten, sowenig im gemeinen Proceß wie in den neueren Proceßordnungen recipirt (s. die Nachweisungen bei Dedekind a. a. O. S. 51 f.), und daß auch ein für alle Beziehungen dieses Instituts (das ja die Passivlegitimation noch in anderen als in Erbschaftsfällen betrifft) ausreichender Rechtsbehelf an dessen Stelle nicht getreten ist. Allein was speciell das gewissen Erbschaftsinteressenten und unter diesen den Erbschaftsgläubigern unentbehrliche Anrecht, den berufenen Erben zu einer Erklärung über die Antretung oder Ausschlagung der ihm angefallenen Erbschaft zu nöthigen, angeht, so ist diese Befugniß im Gebiet des gemeinen Rechts von jeher und bis auf die neueste Zeit als fortbestehend anerkannt worden, und hinsichtlich der processualischen Geltendmachung derselben die Auskunft getroffen, daß man — wofern (wie es nur selten vorkommt) nicht ein directes Klagrecht auf Abgabe der verlangten Erklärung statuirt wurde — anscheinend in Verkennung des quellenmäßigen Zusammenhangs zwischen dem Frage- und dem Deliberationsrecht, den Berechtigten die Befugniß zugestand, dem zur Erbschaft Berufenen durch das Gericht, also im Wege einer selbständigen imploratio iudicis, unter Androhung bestimmter Rechtsnachtheile, welche die Erklärung erzwingen sollten, ohne Weiteres eine Deliberationsfrist setzen zu lassen. Daß dieser Rechtsbehelf, in völliger Abweichung vom röm. Recht, dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit überwiesen worden sei, ist nirgends ersichtlich. Weder die älteren noch die neueren Rechtslehrer, welche man hat nachsehen können, mögen sie diese letztere Form der Geltendmachung

als die rechtlich zulässige anerkennen, z. B. Sintenis Civilrecht Bd. 3 § 184 Ziff. 3 vgl. mit § 185 S. 501 der 3. Aufl., oder (wie von den älteren z. B. von v. Wening-Ingenheim Civilrecht 5. Aufl. Bd. 3 § 503 S. 359, von den neueren meistens geschieht) in richtigerer Erkenntniß des quellenmäßigen Zusammenhangs annehmen, daß der zu stellende Antrag direct auf Verurtheilung zur Abgabe der entsprechenden Erklärung zu richten und eine Deliberationsfrist nur auf Antrag des Gegners zu bewilligen ist, lassen ersehen, daß sie dabei an eine andere als die civilproceßualische Geltendmachung gedacht haben. Auch die Ansicht von Ubbelohde (a. a. O. S. 59), nach welcher die Deliberationsfrist unter allen Umständen vom Verlassenschaftsgerichte zu ertheilen sein soll, steht nicht im Wege, da sie sich auf das reine röm. Recht bezieht und er (vgl. das. S. 60) die die Erklärung des Berufenen selbst Verlangenden vor das forum ordinarium des Letzteren verweist.

Nicht anders ist es mit der Praxis. Daß die bekannt gewordenen Rechtssprüche dieser Art nicht zahlreich sind, ist schon daraus erklärlich, daß dem Deliberationsrecht durch Einführung des benef. inventarii der Boden größtentheils entzogen ist; bei hinsichtlich ihrer Solvenz verdächtigen Nachlassenschaften — und dies ist der Hauptveranlassungsgrund der Deliberation — ist das letztere Hülfsmittel das sicherere. In denjenigen dem unterzeichneten Gericht bekannt gewordenen Fällen aber, in welchen dergleichen Anträge zur gerichtlichen Cognition gekommen sind, ist entweder die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges stillschweigend als selbstverständlich anerkannt, so z. B. in Buchka u. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock Bd. 3 S. 322 ff. und in dem von Dedekind a. a. O. S. 44 Anm. 10 referirten hiesigen Falle, oder ausdrücklich ausgesprochen, daß ein derartiger Anspruch nicht in das Gebiet der freiwilligen, sondern in das der streitigen Gerichtsbarkeit gehöre, so das AG. zu Celle im Erk. v. 13. April 1870 in der Ztschr. f. hannov. Recht Bd. 5 S. 91 f.

In der That ist aber auch nicht recht verständlich, wie der in Frage kommende, der contradictorischen Verhandlung fähige und bedürftige Anspruch in den Formen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Erledigung sollte gebracht werden können, während anderntheils auch das neueste Proceßrecht solche Klagen, welche, wie hier, lediglich auf Erzwingung der Abgabe einer Willenserklärung gerichtet sind, implicite durch die Bestimmung des § 779 der CPO. als statthaft anerkannt und ein nahe verwandtes, bereits dem gemeinen Proceßrecht bekanntes Institut, das der Anerkennungs- oder Feststellungsklagen, in seinen Rahmen durch § 231 ausdrücklich aufgenommen hat.

Nach dem Vorstehenden kann daher von der in der vorigen Instanz angenommenen Unzulässigkeit des (ordentlichen) Rechtsweges nicht die Rede sein. . . .

Was die materielle Begründung des klagbar gemachten Anspruchs anlangt, so erscheint derselbe nach dem, was der Thatbestand des vorigen Urtheils als von der Klägerin behauptet bzw. als zugestanden anführt, den Zeitpunct der Rechtshängigkeit desselben angesehen, als wohlbegründet und als liquide.

Es steht fest, daß die Klägerin gegen den Erblasser der Beklagten Ansprüche zu haben behauptet, und daß sie dieselben nach Ursprung und Höhe, soweit thunlich, dargelegt hat; daß sie die Beklagten durch ihren Anwalt theils am 30. Juli, theils am 5. August v. J. schriftlich zur Erklärung darüber, ob sie die ihnen ab intestato deferirte Erbschaft des angeblichen Schuldners der Klägerin anzutreten Willens seien oder nicht, aufgefordert hat, und daß bis zur Erhebung der Klage auf Abgabe dieser Erklärung über zwei Monate verflossen sind, inzwischen aber eine Antwort nicht erfolgt ist.

Wollte man mit den Beklagten einen Nachweis der Begründetheit des im Hintergrunde stehenden Anspruchs — den die Klägerin, außer durch Anerkenntniß seitens der Beklagten, nur im Wege des Processes, für dessen Anstellung sie wiederum der in diesem Vorproceß geforderten Erklärung bedarf, erbringen könnte — fordern, so würden Rechtsmittel der angestellten Art überhaupt illusorisch sein. Auch ist durchaus nicht einzusehen, weshalb die Klägerin mit der Beschreitung des Rechtsweges länger hätte zögern müssen, als sie gethan hat, oder eine nochmalige außergerichtliche Befragung hätte vornehmen sollen; es war vielmehr Sache der Beklagten, dann, wenn die während zweier voller Monate verzögerte Erklärung zur Zeit wirklich bedenklich war und sie eine Antretung mit der Rechtswohlthat des Inventars nicht vorzogen, die Ueberziehung mit der Klage dadurch abzuwenden, daß sie sich, wie ihnen jederzeit zustand, bei dem competenten Verlassenschaftsgericht eine Deliberationsfrist auswirkten. Die nach Anstellung der Klage bzw. theils erst nach Verkündigung des ersten Urtheils abgegebenen, den Intentionen der Klägerin entsprechenden Erklärungen sind daher verspätet. ...

Daß die Klägerin ihren Antrag statt, wie die gemeine Meinung ist, auf Setzung einer Deliberationsfrist, auf Verurtheilung der Beklagten direct zur Abgabe der von der Klägerin bis dahin vergeblich erwarteten Erklärung gestellt hat, ist von der Beklagten nicht monirt; auch ist der gestellte Antrag der correctere, ohne daß materiell ein erheblicher Unterschied zwischen den beiden Formen vorhanden wäre (vgl. Dedekind a. a. O. S. 56; Pfaff a. a. O. S. 451; Ubbelohde a. a. O. S. 60). Nicht minder entspricht derjenige Rechtsnachtheil, durch welchen nach dem Klagantrage die Erklärung erzwungen werden soll, nämlich der, daß die Beklagten für den Fall der Nichterklärung (im Rechtsverhältniß zur Klägerin) als antretend zu behandeln seien, dem bestehenden Recht (const. 22 § 14 de iure delib. 6. 30).

. . . Was die Kosten betrifft, so liegt ein Grund, dieselben auf den Ausfall eines etwa nachfolgenden Hauptprocesses zwischen den Parteien zu verstellen — wie die Beklagten eventuell beantragt haben — nicht vor, da der vorliegende Anspruch ein für sich selbständiger ist und durch dies Urtheil definitiv erledigt wird[1])." . . .

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 9. Febr. 1881 i. S. Fleck w. Fehland u. Consl. wegen Abgabe einer Erklärung. D.

---

206. Bei dem Legat einer verpfändeten Sache hat im Zweifel der Erbe, nicht der Legatar, die Pfandschuld zu übernehmen.

„Der Erblasser der Beklagten hat der Klägerin sein Haus vermacht, auf welchem ein Hypothekkapital von 12000 M. lag. Er wußte dies, hat indessen in seinem Testament nichts darüber bestimmt. Daß das Haus erheblich mehr werth ist als 12000 M., leidet keinen Zweifel.

Die Entscheidung der Streitfrage, ob die Legatarin das Hypothekkapital zu tragen habe, oder ob die Erben verpflichtet seien, das Haus von der Schuld zu befreien, hängt lediglich von einer Rechtsfrage ab. Das Erkenntniß 1. Instanz entschied gegen die Erben; das von beiden Parteien angefochtene Erkenntniß 2. Instanz geht von einer andern Ansicht aus, entscheidet gegen die Legatarin, läßt dieser aber noch Beweis über einige Thatsachen nach, aus welchen ein der Legatarin günstiger Wille des Testators hervorgehen soll. . . .

Das röm. Recht geht bei Auslegung zweifelhafter Bestimmungen in letztwilligen Verfügungen immer davon aus, daß möglichst zu ermitteln wäre, was der Testator gewollt habe, stellt dann aber für die Auslegung einzelner Fälle, in welchen dieser Wille nicht zu ermitteln ist, positive Vorschriften auf, dabei ohne Zweifel davon ausgehend, daß gerade dieser Vorschrift auch der Wille entsprochen haben werde. An diese Vorschriften hat sich der Richter zu halten, auch wenn er der Ansicht ist, daß die Auslegung nicht gerade glücklich getroffen wäre.

Für den vorliegenden Fall stellt nun das röm. Recht die Vorschrift auf: legirt der Testator eine Sache, auf welcher eine Pfandschuld ruht, so muß der Erbe sie davon befreit liefern, wenn der Testator dies gewußt hat; dagegen muß der Legatar die Schuld übernehmen, wenn der Testator sie nicht gekannt hat. Auch diese Regel hat vielfach Anstoß erregt, und in der That sind viele neuere Gesetze davon abgegangen, und doch ent-

---

[1]) An einer andern Stelle dieses Erkenntnisses wurde ausgesprochen: daß eine Erklärungspflicht dieser Art sehr wohl auch bei suis et necessariis heredibus vorkommen könne, weil sie zu abstiniren berechtigt seien. (D.)

spricht für den gewöhnlichen, auch hier vorliegenden Fall, daß nämlich der Testator die Schuld gekannt hat und selbst Schuldner gewesen ist, die Regel dem ganzen System des Erbrechts vollständig: die Schulden des Erblassers gehen direct auf den Erben über, und wenn der Testator, bekannt mit der Schuld, nicht darüber verfügt hat, so ist anzunehmen, daß er es bei diesem allgemeinen Princip habe belassen wollen.

Jedenfalls wird die obige Regel in einer Reihe klarer Gesetzesstellen bestimmt ausgesprochen. Es sind diese:

§ 5 J. de legat. 2. 20; const. 6 de fideicomm. 6. 42; fr. 15 de dote praeleg. 33. 4 (diese als Ausnahme die Regel bestätigend); fr. 66 § 6 de legat. II (vgl. Glück Comm. Thl. 46 S. 131),

und ganz dasselbe würde auch fr. 57 de legat. I aussprechen, wenn sich hier nicht im ersten Absatz am Ende die Worte fänden: vel potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno. Gerade auf diese Worte basirt das angef. Erk. seine Entscheidung, indem es dieselben dahin auslegt, daß damit habe bestimmt werden sollen, der Erbe brauche, auch wenn der Testator die Pfandschuld gekannt, die legirte Sache dann nicht davon zu befreien, wenn deren Werth die Schuld übersteige. Allein dies heißt doch wohl jenen flüchtigen Worten zu viel Ehre anthun.

Bei Ansicht der ganzen Stelle fällt es sofort auf, daß sich bei Hinzufügung der letzten Worte der Jurist, von dem die Stelle herrührt (Ulpian), wie Roßhirt sagt, darin sehr nachlässig und ohne gehörige Verbindung der Sätze ausgedrückt habe, wie dies wohl einem Ulpian nicht zugetraut werden darf. Behandelt man den ganzen ersten Absatz des fr. 57 als einen Satz, so geben die letzten Worte überhaupt keinen Sinn, desto mehr Anlaß aber zu allerlei willkürlichen Emendationen, die dann wieder zu ganz verschiedenen Resultaten führen. Die Literatur darüber hat das angef. Erk. mit großer Sorgfalt zusammengetragen, es muß indessen hierüber noch verwiesen werden auf Arndts in der Fortsetzung von Glück's Commentar Bd. 46 S. 136 ff., wo die Rechtsfrage und insbesondere die fragliche Gesetzesstelle eingehend behandelt ist. Am Ehesten dürfte man sich mit Arndts der Ansicht Smallenburg's zuneigen, der die fraglichen letzten Worte für ein eingeschwärztes Glossem erklärt. Indessen befinden sich diese Worte doch auch schon in alten guten Handschriften, müssen sich insbesondere auch in der von den Basiliken benutzten befunden haben, denn der sog. Tipucitus sagt (in der lateinischen Uebersetzung) zu der betreffenden Stelle ad lib. 44 tit. 1 cap. 54: Et de eo, si testator rem ab ipso legatam obligatam esse sciat aut ignoret, quando heres eam liberet aut legatarius. Et si sciebat esse obligatam, aut aliquid superfluum est deducto debito. Darf man zu diesem Aeußersten nicht schreiten, so wird man sich wenigstens darin mit Arndts einverstanden erklären müssen, daß jedenfalls dem bedenklichen und zweifelhaften Satz ein entscheidendes Gewicht

nicht beigelegt werden könne (S. 140 a. a. O.). Denn in der That, so ausgelegt, wie das angef. Erk. es thut, widerspricht der Satz nicht allein der obigen unzweifelhaften Regel, sondern er findet auch sonst in den Gesetzen nirgends Unterstützung, insbesondere nicht in den von dem 2. Richter citirten. Von diesen unterstützt namentlich § 12 Inst. de legat. 2. 20 eher die Regel als die Auslegung des 2. Richters, da darnach selbst bei einer vom Testator nach Errichtung des Testaments vorgenommenen Verpfändung der vermachten Sache, wenn sie nicht erweislich adimendi animo vorgenommen, der Erbe für die Pfandschuld eintreten soll. Sodann enthält fr. 5 § 2 de legat. I eine besondere Auslegung für den Fall, daß der Testator einen fundus vermacht hätte, an dem ihm nur eine portio zustand, ohne daß er über die portio etwas gesagt, dabei aber den fundus als „meum" bezeichnet hätte; es soll dann nur die portio des Testators an der Sache als vermacht angesehen werden, was gewiß dem Willen des Testators entspricht, aber für die vorliegende Streitfrage nichts besagt. Fr. 69 § 3 ibid. endlich enthält die Vorschrift, daß, wenn auf einem fundus legatus Servituten ruhen, wie dies häufig genug der Fall ist, der Erbe diese nicht abzulösen verpflichtet sei: ein Fall, der von dem einer auf den fundus gelegten Pfandschuld sehr verschieden ist. Außerdem aber wäre die Regel, welche jene Worte nach der Auslegung des 2. Richters aufstellen, in der Allgemeinheit, die sie darnach hätte, weder zweckmäßig noch billig. Zunächst müßte die stets unsichere Werthschätzung der legirten Sache vorgenommen werden, und wenn darnach dann auch nur der geringste Ueberschuß (aliquid) für den Legatar übrig bliebe, so müßte der Legatar die Pfandschuld übernehmen: ein Resultat, das schwerlich im Willen des Testators gelegen haben würde.

Erachtet man aber auch die Ansicht, die Arndts über den Werth der Worte ausspricht, für eine zu radicale, so wird man sich jedenfalls der Auslegung zuwenden müssen, die Mühlenbruch im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 15 S. 393 ff. in einer besondern Abhandlung über die Stelle aufgestellt hat. Er schließt den ersten, die unzweifelhafte Regel aufstellenden Satz vor den streitigen Worten und bildet aus diesen einen besonderen Satz, der sich bezöge auf den Fall, daß der Legatar die Pfandschuld übernehmen müßte, und etwas Dispositives überhaupt nicht, sondern nur ein Motiv, gleichsam einen Trost für den Legatar enthielte dahin: „auch kann ja nach getilgter Schuld noch ein Ueberschuß für den Honorirten verbleiben". Bei dieser Auslegung wird den Worten am wenigsten Gewalt angethan; sie geben ohne jede willkürliche Einschiebung einen guten Sinn, und, was die Hauptsache ist, sie widersprechen nicht weiter der mehrfach in klaren Gesetzesstellen ausgesprochenen Regel.

Muß man sich in dieser Weise über den Werth der vielerwähnten Worte oder über ihre Auslegung entscheiden, so fällt damit der Grund, auf welchen das angef. Erk. basirt ist. Es bleibt dabei, daß die Erben

das vermachte Haus zu Gunsten der Legatarin von der darauf lastenden, dem Testator bekannten Pfandschuld zu lösen haben, ohne daß die Legatarin noch einen Beweis über den Willen des Testators zu führen hätte. Wollten die Erben einen entgegenstehenden Willen des Testators geltend machen, so lag ihnen der Beweis darüber ob, in welcher Beziehung indessen nichts von ihnen beigebracht ist. Insbesondere ist auch darauf kein Gewicht zu legen, daß im vorliegenden Fall der Werth des Hauses die Pfandschuld bedeutend übersteigt; denn der Testator erkannte ausdrücklich die großen Verdienste der Legatarin um ihn an und wollte offenbar diese angemessen belohnen.

Wenn aber den Erben die Verpflichtung oblag, die Pfandschuld vom Hause zu lösen, so liegt es ihnen selbstverständlich auch ob, der Klägerin die Zinsen, die sie inzwischen auf die Schuld hat zahlen müssen, um eine etwaige Subhastation des Hauses abzuwenden, in der Weise, wie das Erkenntniß 1. Instanz dies richtig ausspricht, zu erstatten." . . .

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 19. Novbr. 1880 i. S. Seggelke w. Jorns u. Conf. wegen Erfüllung eines Legats. D.

---

207. Kann eine Realgerechtigkeit (insbesondere Leibzucht) durch bloßen Vertrag begründet werden?* Die als Reallast constituirte Leibzucht erfordert eine Anknüpfung der Verpflichtung an das frühere Gut des Leibzüchters.

*Vgl. Bd. 11 Nr. 272; Bd. 35 Nr. 47.

Die Wittwe W. zu Bodenwerder hatte ihr sub Nr. 83 daselbst belegenes Wohnhaus nebst Zubehör durch „Uebertragungs-, Alimentations- und Abfindungsvertrag" vom 29. December 1874 ihrem Sohne, dem Zimmermeister W., gegen die Verpflichtung abgetreten, ihr als Altentheil außer successiven Geldzahlungen den lebenslänglichen Wohnsitz in einem von dem Annehmer zu erbauenden Hause an der Poller Chaussee zu gewähren; bis zur Vollendung dieses Hauses sollte die Wittwe W. das Wohnrecht in gleicher Weise in dem übergebenen Hause Nr. 83 haben. In einem später über jenes neuerbaute Haus (Nr. 244) eingeleiteten Subhastationsverfahren meldete die Wittwe W. ihr gedachtes Wohnrecht als dingliches Recht an; ein solches wurde ihr jedoch in einem mit der Käuferin des Hauses darüber entstandenen Proceß aberkannt. Gründe des Berufungsurtheils:

„Die Constituirung von Reallasten durch Vertrag ist nicht unbeschränkt, sondern nur insoweit zulässig, als das Recht die betreffende, einem Grundstücksbesitzer auferlegte Verpflichtung als Reallast anerkennt.

Eichhorn Einleitung in das d. Privatrecht § 163 S. 437; Ztschr. f. hannov. Recht Bd. 3 S. 107; Erk. des AG. zu Celle (2. Sen.) v. 28. März 1870 i. S. v. Staden w. v. Staden; Erk. des OAG. zu Celle (1. Sen.) in Seuffert Archiv Bd. 11 Nr. 273.

Daß die bei Uebertragung von Bauerngütern vertragsmäßig bestellte Leibzucht als eine wahre Reallast auf dem ihm übertragenen Gut ruht, ist unbestrittenes deutsches Gewohnheitsrecht, dessen Anwendbarkeit auch für die hiesige Provinz nicht zu bezweifeln ist.

Ztschr. f. hannov. Recht Bd. 8 S. 124; Erk des OAG. zu Celle (1. Sen.) in Seuffert Archiv Bd. 17 Nr. 271; Entsch. des Tribunals zu Celle Bd. 6 S. 194.

Dagegen fehlt es für das Rechtsinstitut der Leibzucht außerhalb des Bauernstandes an einem feststehenden Recht. Wenn nun auch der Umstand, daß die Lebensverhältnisse in Flecken und kleinen Städten sich häufig thatsächlich gleichartig mit denjenigen in den Dörfern gestaltet haben, die Bildung particulärer Gewohnheitsrechte veranlaßt hat, welche die Anwendbarkeit der Vorschriften des bäuerlichen Rechts über die Reallastqualität der Leibzucht anerkennen:

Niemeyer das Meierrecht in der Grafschaft Hoya S. 12; Erk. des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 12. April 1870 i. S. Hambrock w. Hambrock,

so ist doch Voraussetzung der Anwendbarkeit im einzelnen Fall stets, daß es sich um eine, wenn nicht ausschließlich, so doch wesentlich zur Ernährung des Besitzers durch Ackerbau bestimmte Stelle handelt (Erk. des AG. zu Celle (1. Sen.) v. 15. März 1878 i. S. Bode w. Bode)." (Es wird ausgeführt, daß genügende thatsächliche Angaben darüber im vorliegenden Fall fehlen.)

„Es kommt auch noch hinzu, daß im vorliegenden Fall das dingliche Recht nicht auf der übertragenen Stelle, sondern auf einem andern Grundstück haften soll. Das deutschrechtliche Institut der Leibzucht basirt auf dem Grundgedanken, daß derjenige, welcher seine Kräfte und sein Vermögen der Erhaltung eines Guts gewidmet hat, dann, wenn er der Wirthschaft nicht mehr vorstehen kann, vom Hofe nicht wieder vertrieben werden soll (Busch Beiträge zum Meierrecht S. 166 f.). Dieser Gedanke hat bei einer gewissen Klasse von Bauerngütern durch Constituirung eines gesetzlichen Rechts auf Leibzucht, bei den übrigen durch Gestattung der vertragsmäßigen Einräumung dieses Rechts seinen Ausdruck gefunden; das verpflichtete Grundstück ist in allen Fällen der von dem Leibzüchter früher bewirthschaftete Hof. Wenn es auch unerheblich sein mag, ob die in der Leibzucht enthaltene Wohnung auf dem Hofe oder außerhalb desselben gewährt wird, so ist es doch wesentlich, daß die Verpflichtung zur Gewährung der Wohnung auf dem Hofe ruht. Die Losreißung des Rechts des Leibzüchters von dem früher durch ihn bewirthschafteten Hofe und die Constituirung desselben an einem fremden Grundstück ist nach deutschrechtlichen Begriffen ein von der Einräumung eines dinglichen Rechts an dem übertragenen Hofe wesentlich verschiedenes Rechtsgeschäft. Ob solche Rechte

nach particulärem Gewohnheitsrecht die Eigenschaft von Reallasten haben können, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls ist die Existenz eines derartigen Gewohnheitsrechts von der Beklagten nicht behauptet. Aus der Behauptung, daß der Altentheil, welchen bei Uebergabe einer Reihebürgerstelle der Uebertragende sich vorbehalte, in Bodenwerder die rechtliche Eigenschaft einer Reallast habe, folgt nicht, daß das einen Theil des Altentheils bildende Wohnungsrecht als Reallast auf dem nicht übertragenen, vertragsmäßig zur Wohnung einzuräumenden Hause ruht.

Bei dieser Sachlage kann unerörtet bleiben, ob nach Inhalt des Vertrags vom 29. December 1874 der Wille der Contrahenten auf Einräumung einer Reallast an dem streitigen Hause gerichtet gewesen ist oder nicht. In jedem Fall ist, da Beklagte die Dinglichkeit des von ihr in Anspruch genommenen Rechts nicht darzulegen vermocht hat, der Klaganspruch begründet, die Widerklage abzuweisen."

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 4. Febr. 1881 i. S. der braunschweig-hannoverschen Hypothekenbank zu Hannover w. die Wittwe Warnecke. W.

---

208. Die Vorlegung der Handelsbücher kann nach Art. 37 des HGB. auch dann begehrt werden, wenn nur ein einseitiges Handelsgeschäft vorliegt.

Vgl. Bd. 27 Nr. 82 (S. 320 Sp. 2).

In einem Proceß der Firma A. gegen Frau B. beantragte die Beklagte B., daß Klägerin auf Grund des Art. 37 des HGB. zur Vorlegung ihrer Handelsbücher angehalten werden möge. Dieses in 1. Instanz bewilligte Gesuch ward in 2. Instanz abgeschlagen, weil der Art. 37 a. a. O. nur in Rechtsstreitigkeiten über Handelsgeschäfte angewendet werden könne, während im vorliegenden Fall auf Seiten der Beklagten kein Handelsgeschäft vorliege. Höchstrichterlich wurde die Entscheidung der 1. Instanz wieder hergestellt,

weil der Gegenstand der Klage ein Handelsgeschäft seitens der Klägerin ist und dem Begehren der Beklagten, da die Thatsachen, welche durch die Handelsbücher festgestellt werden sollen, genau angegeben sind, zu entsprechen war auch wenn die Beklagte keine Handelsfrau ist und ihrerseits kein Handelsgeschäft vorliegt.

Entsch. des obersten Gerichtshofs zu Wien v. 9. Juli 1879. Allg. österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1881 S. 60.

---

209. Auflösung eines Lehrlingsvertrags wegen Verwendung des (Handlungs-) Lehrlings zu mechanischen Arbeiten?

Da das HGB. über die Gründe, welche eine vorzeitige Aufhebung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Handlungsgehülfen und dem Principal herbeiführen können, genaue und detaillirte Bestimmungen nicht getroffen, vielmehr in Art. 62 vorgeschrieben hat, daß die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit aus wichtigen Gründen verlangt werden könne, und die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe dem richterlichen Ermessen überlassen hat, so ist die Entscheidung des Gerichts, wenn es unter Würdigung der Verhältnisse des Falls das Vorhandensein solcher wichtigen Gründe annimmt oder verneint, thatsächlicher Natur und dem Angriff mit der Nichtigkeitsbeschwerde im Allgemeinen nicht zugänglich.

Der von dem Imploranten aufgestellte und als verletzt bezeichnete Rechtssatz, „daß die Verwendung eines Handlungslehrlings zu mechanischen Dienstverrichtungen und Arbeiten, wie solche dem Hausgesinde obliegen, mit den Zwecken des Lehrvertrags nicht vereinbar und unter allen Umständen einen wichtigen Grund zur Aufhebung des Vertrages bilde", ist als ein allgemeingültiger nicht anzuerkennen. Der Appell.-Richter hebt vielmehr, neben der Anerkennung der Pflicht des Lehrherrn, dem Handlungslehrling zum Behuf seiner Ausbildung zu einem tüchtigen Handlungsgehülfen eine angemessene Beschäftigung und geeignete Unterweisung zu gewähren, mit Recht hervor, daß die Frage, ob und inwieweit es gestattet sei, den Handlungslehrling mit mechanischen Arbeiten und Dienstleistungen zu beauftragen, allgemein sich nicht beantworten lasse, dieses vielmehr von der Art, dem Umfang und dem Ort des vom Lehrherrn betriebenen Geschäfts abhänge.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 11. Febr. 1881 i. S. André w. Schulze. St.

---

210. Die Liquidation ist keine nothwendige Folge der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft.

Vgl. Bd. 34 Nr. 321.

Nachdem einer der beiden Theilhaber der offenen Handelsgesellschaft „Gebrüder A." ausgetreten war, beantragten beide die Löschung der Firma im Gesellschaftsregister und Uebertragung derselben in das Register für Einzelfirmen. Dieser Antrag wurde in 1. Instanz für unbegründet erklärt, weil nach Art. 133 des HGB. nach Auflösung der Gesellschaft die Liquidation zu erfolgen habe und zunächst die Liquidatoren ins Handelsregister einzutragen seien. In 2. Instanz erfolgte Zurückweisung des Antrags aus einem andern Grunde. Höchstrichterlich wurde der Entscheidungsgrund des 1. Richters gemißbilligt:

„in Erwägung, daß der Art. 133 des HGB. nach Wortlaut und Sinn nur die Art und Weise der nach Auflösung einer Handelsgesellschaft außer dem Fall des Concurses stattfindenden Liquidation für den Fall regelt, wenn darüber nicht ein einstimmiger Beschluß der Gesellschafter zu Stande kommt, oder diesfalls nicht schon in dem Gesellschaftsvertrage vorgesorgt ist, keineswegs aber anordnet, daß nach Auflösung der Gesellschaft die Liquidation stattfinden müsse, weil aus dem in Art. 137 des HGB. angegebenen Zweck der Liquidation und aus der Bestimmung des Art. 145 hervorgeht, daß die Liquidation nur dann stattfindet, wenn mit der Auflösung der Handelsgesellschaft auch das von ihr betriebene Handelsgeschäft aufgelöst werden soll;

in Erwägung, daß dieser Zweck nicht realisirbar ist, wenn bei Auflösung der Gesellschaft das Handelsgeschäft mit Activen und Passiven von einem der Gesellschafter übernommen und fortgeführt werden soll;

in Erwägung, daß der bloßen Auseinandersetzung der Gesellschafter unter einander nichts entgegensteht, indem, was die Rechte der Gesellschaftsgläubiger anbelangt, diese auch in dem Fall der bloßen Auseinandersetzung der Gesellschafter nach den Bestimmungen der Art. 112, 113, 129, 146—149 des HGB. vollkommen gewahrt bleiben." . . .

Entsch. des obersten Gerichtshofs zu Wien v. 19. Aug. 1880. Allg. österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1881 S. 47.

---

211. Klagrecht des einen Handelsgesellschafters gegen den andern wegen für die Gesellschaft übernommener Verpflichtungen, insbesondere während schwebender Liquidation der Gesellschaft?

Vgl. (Bd. 9 Nr. 30;) Bd. 23 Nr. 127; Bd. 35 Nr. 149.

Während die Parteien Theilhaber einer Handelsgesellschaft waren, hatte der Kläger wegen 9000 *M.*, welche J., der Schwiegervater des Beklagten, der Gesellschaft vorgeschossen hatte, ein ihm zugehöriges Wohnhaus zur Hypothek gesetzt. Nach Auflösung der Gesellschaft und während die Liquidation noch schwebte, nahm der Kläger, welcher selbst zum Liquidator bestellt war, als er von J. wegen jenes Darlehns verklagt und mit der Subhastation des verpfändeten Grundstücks bedroht wurde, seinen früheren Socius, den Beklagten, wegen der Hälfte der obigen Darlehnssumme in Anspruch. Die in 1. Instanz zugelassene Klage wurde in der Berufungsinstanz als zur Zeit noch nicht begründet und in angebrachter Maße, u. A. aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

. . . „Auch unter Voraussetzung einer nachweisbaren negotiorum gestio würde die Klage, so wie sie jetzt angebracht, gegen den beklagten Socius nicht aufrecht zu halten sein. Nach Art. 93 des HGB. soll für

die Auslagen, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten macht, für die Verbindlichkeiten, welche er wegen derselben übernimmt, für die Verluste, welche er unmittelbar durch seine Geschäftsführung, oder aus Gefahren, welche von derselben unzertrennlich sind, erleidet, ihm die Gesellschaft haften. Demnach hat Kläger sich mit seinen vermeintlichen Ansprüchen auf Befreiung von der im Interesse der Gesellschaft übernommenen Schuld und den dafür bestellten Pfandrechten, sowie event. auf Ersatz derjenigen Einbuße, die ihm aus der Subhastation des Grundstücks zu erwachsen droht, in erster Linie an das Gesellschaftsvermögen zu halten, wogegen der Rückgriff auf den Socius unter allen Umständen durch den Nachweis der Unzulänglichkeit der Gesellschaftsmittel bedingt ist. Daß die Gesellschaft bereits durch handelsgerichtlichen Vergleich vom 3. Juli 1877 aufgelöst und deren Liquidation eingeleitet ist, macht dabei keinen Unterschied, da zufolge Art. 144 des HGB. in Bezug auf die Rechtsverhältnisse der bisherigen Gesellschafter unter einander ungeachtet der Auflösung der Gesellschaft und bis zur Beendigung der Liquidation die für den Bestand der Gesellschaft gültigen gesetzlichen Bestimmungen in Kraft bleiben. Von diesem Grundsatze vorliegenden Falls abzugehen liegt um so weniger Veranlassung vor, als Kläger selbst zum Liquidator der aufgelösten Gesellschaft vergleichsmäßig bestellt, somit am Ehesten in der Lage ist, aus dem seiner Verwaltung anvertrauten Vermögen, soweit dasselbe reicht, sich wegen seiner Auslagen und Einbußen zu decken, dem Beklagten aber, da Kläger bisher über die Ergebnisse der Liquidation noch nicht Rechnung gelegt ... hat, die Möglichkeit einer erschöpfenden Vertheidigung auf die Klage entzogen ist. Sonach kann dem Beklagten nicht, wie von den Vorrichtern geschehen, entgegengehalten werden, er habe es an der Behauptung fehlen lassen, daß parate, zur Berichtigung des T.'schen Kapitals nebst Zinsen ꝛc. hinreichende Mittel vorhanden seien; vielmehr erweist sich die vom Beklagten auf diesen Punkt gerichtete exceptio doli als begründet und liquide (s. Entsch. des ROHG. Bd. 12 S. 274 ff.).

Zu demselben Ziel führt übrigens auch die Betrachtung, daß den Bestimmungen des Art. 137 des HGB. und der Natur der Sache entsprechend im Fall der Liquidation einer aufgelösten Gesellschaft zunächst auf Beendigung der laufenden Geschäfte, auf Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, Herbeiziehung und Versilberung sämmtlicher Bestandtheile des gemeinschaftlichen Vermögens und überhaupt in solcher Weise zu bewirkende vollständige Abwickelung des gemeinschaftlich betriebenen Geschäfts Bedacht zu nehmen und erst nach vollzogener Abwickelung zur schließlichen Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern zu schreiten ist. Hierbei kann aber, wie auch vom ROHG (Entsch. Bd. 23 S. 194, abgedr. in Seuffert Archiv Bd. 35 Nr. 14[illegible] überzeugend nachgewiesen ist, einem Gesellschafter in der Regel nicht gestattet werden, während des Liquidationsgeschäfts einzelne beliebig herausgegriffene

Differenzpuncte zur richterlichen Entscheidung zu bringen. Nun hat aber Kläger selbst nicht zu behaupten vermocht, daß er in seiner Eigenschaft als Liquidator . . . irgendwie thätig geworden, die seiner Verwaltung anvertraute Angelegenheit im Lauf der verflossenen drei Jahre irgendwie gefördert habe. Bei solcher Lage der Sache kann dem Beklagten billigerweise nicht zugemuthet werden, sich schon jetzt auf Ersatz von Auslagen, die Kläger zu machen genöthigt gewesen sein mag, oder auf Befreiung desselben von freiwillig übernommenen Verpflichtungen einzulassen."

Die vom Kläger verfolgte Revision wurde aus folgenden Gründen verworfen:

„Die Klage war, wenn sie auch in allen übrigen Beziehungen nicht zu beanstanden wäre, schon auf Grund der exc. doli, als zur Zeit nicht begründet, abzuweisen. Wenn man nämlich auch sonst im Allgemeinen sollte annehmen dürfen, daß der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft rechtlich nicht behindert sei, die Forderungen, welche ihm aus den von ihm für die Gesellschaft vorgenommenen Geschäften an die Gesellschaft zustehen, während die Liquidation der Gesellschaft noch in der Schwebe ist, gegen die Person der übrigen Gesellschafter antheilig zu verfolgen, so ist doch daraus, daß nach Absicht des Gesellschaftsvertrags die Gesellschaftsschulden zunächst aus dem Gesellschaftsfonds bezahlt werden sollen, dieser Vertrag aber für die Gesellschafter in allen Gesellschaftsangelegenheiten bindend ist, zum Mindesten die Folgerung zu ziehen, daß einer solchen Klagung der übrigen Gesellschafter der Einwand entgegengesetzt werden kann, daß in der Liquidationsmasse ausreichende parate Mittel vorhanden seien. Ist nun aber in einem solchen Fall der klagende Gesellschafter zum einzigen Liquidator der Gesellschaft bestellt und als solcher mit der Verpflichtung betraut, für die Versilberung der Masse thunlichst Sorge zu tragen, so ist es seine Sache, nicht bloß über den Bestand der Masse Auskunft zu geben, sondern auch darzuthun, was er zum Zweck ihrer Liquidation bisher geleistet habe. Unterläßt er dies, so begründet er gegen sich eine exc. doli, weil er hierdurch seiner Pflicht als Liquidator zuwider dem Beklagten die Möglichkeit abschneidet, den obigen Einwand in der Richtung zu substantiiren, daß der etwaige Mangel ausreichender parater Mittel von dem Kläger selbst verschuldet sei. Diese exc. doli ist nun im vorliegenden Fall liquide durch die vorinstanzliche Feststellung, daß der Kläger nicht zu behaupten vermocht habe, daß er in seiner Eigenschaft als Liquidator, abgesehen von der Inventur, irgendwie thätig geworden und die Liquidationsangelegenheit im Lauf der verflossenen drei Jahre irgendwie gefördert habe." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 3. Novbr. 1880 in der braunschw. Sache Schottelius w. Quensell. D.

212. Die Actienzeichnung durch einen Bevollmächtigten erfordert keine schriftliche Vollmacht.

Vgl. Bd. 23 Nr. 254.

Die Beklagten sind aus einer Actienzeichnung für die klagende Commanditgesellschaft auf Actien in Anspruch genommen. Die Zeichnung soll für ihren Erblasser durch Sch. in Gemäßheit mündlich erhaltenen Auftrags erfolgt sein. Die Beklagten haben eingewendet, daß zur Actienzeichnung nach Art. 174 und 208 des HGB. eine schriftliche Erklärung erforderlich sei, woraus folge, daß auch die Bevollmächtigung zur Actienzeichnung in schriftlicher Form ertheilt werden müsse und eine bloß mündliche Vollmachtertheilung den Machtgeber nicht verpflichte.

Höchstrichterlich ist zunächst ausgeführt worden, daß nach den Bestimmungen des preuß. Landrechts und anderer preuß. Specialgesetze dem sonst der Rechtssatz nicht bestehe, daß die für die Abschließung eines Rechtsgeschäfts vorgeschriebenen Formen auch bei Ertheilung der Vollmacht zum Abschluß eines solchen Geschäfts beobachtet werden müßten. Dann wird fortgefahren:

„Es ist anzuerkennen, daß die Schriftlichkeit der Actienzeichnung in den Art. 174 und 208 des HGB. im Interesse einer besondern Verkehrssicherheit angeordnet ist, und unzweifelhaft ist die Beobachtung dieser Form für die Gültigkeit der Zeichnung unerläßlich. Es liegt aber nicht, wie im Interesse der Revision hervorgehoben ist, eine Abschwächung dieser Anordnung darin, wenn für die Bevollmächtigung zur Actienzeichnung die mündliche Form für ausreichend erklärt wird. Auch bei der Eingehung von Wechselverbindlichkeiten ist die Schriftlichkeit an sich geboten. In der Judicatur des ROHG. und in der handelsrechtlichen Literatur wird aber jeder Procurist zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten für die Machtgeber für befugt erachtet, wiewohl die Ertheilung einer Procura nicht blos mündlich, sondern sogar stillschweigend erfolgen kann:

Entsch. des ROHG. Bd. 18 S. 100; Endemann Handelsr. 3. Aufl. § 28 II bei S. 121, 122 bei N. 15; v. Hahn Comm. zum HGB. 3. Aufl. zu Art. 42 § 2, zu Art. 41 § 3; Makower HGB. 8. Aufl. zu Art. 42 Nr. 5, zu Art. 44 Nr. 9.

Nach den vom ROHG. und von den handelsrechtlichen Schriftstellern vertretenen Grundsätzen würde anscheinend dieselbe Befugniß auch dem mündlich bestellten Handlungsbevollmächtigten (Art. 298) einzuräumen sein, sobald die ihnen ertheilte Vollmacht an sich zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten ermächtigt:

HGB. Art. 52, 55, 298; Entsch. des ROHG. Bd. 5 S. 271; v. Hahn a. a. O. Bd. 1 S. 168 §§ 11, 12, Bd. 2 S. 123 zu Art. 298."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 23. März 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Hörenz'sche Erben w. Concursmasse der Niederlausitzer Creditgesellschaft v. Zapp u. Co. Wek

213. Gültigkeit der Actienzeichnung eines Bevollmächtigten mit dem Namen des Vollmachtgebers.

Vgl. Bd. 27 Nr. 26; auch Bd. 32 Nr. 100 mit Nachw.

In dem in voriger Nummer mitgetheilten Fall heißt es in dem höchstrichterlichen Erkenntniß weiter:

„Die Beklagten halten die von dem Sch. angeblich für ihren Erblasser vorgenommene Zeichnung auch deshalb nicht für verbindlich, weil derselbe nur den Namen des Erblassers geschrieben hat, während er sich seines eigenen Namens unter einem das Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Zusatz hätte bedienen sollen. Sie berufen sich dabei auf den Plenarbeschluß des preuß. OTr. vom 4. December 1854 (Entsch. Bd. 29 S. 293) lautend: „Aus einem Contract wird derjenige, dessen Namensunterschrift von einem Andern in Folge eines demselben mündlich oder stillschweigend ertheilten Auftrages geleistet worden, nicht wie aus einem schriftlichen Vertrage verpflichtet, selbst wenn eine nachträgliche, mündliche oder stillschweigende Genehmigung hinzukommt." Dieser Beschluß ist hauptsächlich damit motivirt:

> daß das Unterzeichnen mit dem Namen einer Person in ganz besonderem Maße an diese Person gebunden, der Name eines Menschen gleichsam ein Stück seiner eigenen Persönlichkeit sei und dessen Gebrauch durch einen Fremden in der Regel für einen verletzenden Eingriff in diese Persönlichkeit gelte; daß, wenn für einen Andern gehandelt, dieser repräsentirt werden solle, der Vertreter jenen nur juristisch, nicht physisch vorstelle, er in dessen Namen, um dieselbe rechtliche Wirkung hervorzubringen, aber nicht unter dessen Namen handle, d. h. er führe nicht dessen Namen; die Leistung der Namensunterschrift eines Andern stehe mithin nicht unter den allgemeinen Regeln der Vornahme rechtlicher Handlungen für einen Andern, und deshalb ersetze die stillschweigende Genehmigung einer solchen Namensunterschrift nicht den Mangel einer schriftlichen Vollmacht zur Unterzeichnung, eine solche sei vielmehr bei dieser besondern, so eng an die Persönlichkeit des Geschäftsherrn gebundenen Handlung nothwendig (S. 299, 300).

Es wird ferner hervorgehoben:

> daß nach §§ 171—174 Tit. 5 Thl. I des allg. Landrechts und allg. Gerichtsordnung Thl. II Tit. 1 § 9 Nr. 1, § 10 Nr. 1 Blinde, Taubstumme, Analphabeten und Personen, welche durch Zufall am Schreiben verhindert sind, ihre schriftlichen Verträge gerichtlich oder notariell errichten müssen, daß die §§ 175—178 Tit. 5 Thl. I des allg. LR., Anhang § 5 zum allg. LR. und allg. GO. Anhang § 169 ff. anordnen, daß der Contrahent, welcher dem Vertrage oder Protocoll auch nicht einmal eigenhändig seinen Namen beifügen kann, wenigstens statt dessen Kreuze oder Zeichen beisetze und die Unterschrift durch einen Beistand verrichtet werde u. s. w., und daß der Richter oder Notar dies atteſtiren müsse. Jene vorgeschriebenen Formen für das Schreiben eines fremden Namens und die Sorgfalt des Gesetzgebers, daß die Vertretung dabei kenntlich werde und daß der Vertretene so viel wie möglich noch selber dabei thätig sei, wären ganz überflüssig, wenn man auch ganz formlos einen Dritten für sich mit rechtlicher Wirkung schreiben lassen dürfe (a. a. O. S. 300).

Schon in früheren Erkenntnissen hatte das OTr. dieselbe Ansicht ausgesprochen (Entsch. Bd. 12 S. 479, Bd. 17 S. 457) und dabei auch aus-

geführt, daß aus dem Zusatz in der Norm des Diffessionseides (allg. GO. Thl. I Tit. 10 § 138), wonach nebenher noch der Product beschwören soll, daß die Namensunterschrift auch nicht an seiner Statt von einem Andern mit seinem Wissen und Willen geschrieben worden, — als aus einer formellen processualischen Vorschrift — die Einwendungen gegen die Rechtsgültigkeit der von einem Andern erfolgten Unterschrift nicht ausgeschlossen werden (Entsch. Bd. 12 S. 479). Auch in späteren Entscheidungen hat das OTr. den Plenarbeschluß zur Geltung gebracht (Erkk. v. 24. Novbr. 1868, 9. März 1869, 21. Septbr. 1869; Striethorst Archiv Bd. 71 S. 360, Bd. 74 S. 91, Bd. 76 S. 149, 155). Nur in dem zwischenliegenden Erkenntniß vom 23. Januar 1864 (Striethorst Bd. 51 S. 352) ist bei einer Wechselunterschrift das Gegentheil angenommen.

Im Gegensatz zum OTr. hat das ROHG. es in mehrfachen Entscheidungen für zulässig erachtet, daß der Procurist und der Bevollmächtigte in Handelsgeschäften den Namen des Machtgebers ohne Hinzufügung seines eigenen Namens und ohne einen das Vollmachtsverhältniß andeutenden Zusatz unterschreibt (Entsch. des ROHG. Bd 5 S. 266, 271[1]), Bd. 10 S. 55, 57, Bd. 12 S. 134, Bd. 18 S. 100). Es wird ausgeführt:

> Wer seinen Namen unter einen Vertrag setze, gebe die Willenserklärung ab, durch diesen Vertrag berechtigt und verpflichtet sein zu wollen. Die Namensunterschrift sei ein Bestandtheil der Willenserklärung. Im Begriff des Namens liege nichts, was den Namensführer verhindern könnte, einen Andern zu beauftragen, diese Willenserklärung statt seiner zu beschaffen. Die rechtliche Zulassung dieser Art der Zeichnung sei namentlich im Handelsverkehr vonaltersher anerkannt. Gewöhnlich Handlungsbevollmächtigte seien für beauftragt erachtet worden, zu firmiren. Im HGB. und in der WO. sei diese Auffassung nicht verlassen. Das aus dem Art. 44 Abs. 1 des HGB.: „der Procurist hat in der Weise zu zeichnen, daß er der Firma einen die Procura andeutenden Zusatz und seinen Namen beifügt" und aus Art. 45: „der Handlungsbevollmächtigte hat sich bei der Zeichnung jedes eine Procura andeutenden Zusatzes zu enthalten; er hat mit einem das Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Zusatze zu zeichnen" sich ergebende Bedenken werde durch die Erwägung beseitigt, daß diese Vorschriften nicht bindende, sondern nur instructioneller Natur seien.

Der Ansicht des ROHG. ist eine große Anzahl handelsrechtlicher Schriftsteller beigetreten:

v. Hahn Comm. zum HGB. zu Art. 44 § 2 Schluß und Note 1 Bd. 1 S. 182: Endemann Handelsr. S. 125 V bei N. 35, S. 451 N. 17; Thöl Handelsr. 6. Aufl. Bd. 1 § 56, 3; Anschütz und v. Völderndorff etwas abweichend in Dollmann Gesetze Bayerns Bd. 6 Abth. 1 S. 337, 338, 360; Makower das HGB. 8. Aufl. zu Art. 45 Not. 14[a] S. 104, 105; auch Dernburg preuß. Privatr. 2. Ausg Bd. 1 S. 200 N. 10, 11.

Die Controverse zwischen dem OTr. und dem ROHG. berührt nicht genau den vorliegenden Fall. Es handelt sich gegenwärtig nicht um eine Unterschrift, d. h. nicht um den Schlußact einer Willenserklärung, in

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 27 Nr. 26.

welchem der Erklärende seinen Namen unter die Erklärung schreibt, um auszudrücken, daß dieselbe seinem Willen entspricht und daß er daran gebunden sein will. . . . Es fragt sich nur, ob der in der Zeichenliste von Sch. eingetragene Vermerk, welcher die Anforderung schriftlicher Zeichnung in Art. 174 erfüllt, mag in ihm eine Vertragsofferte oder eine Acceptation gefunden werden (Endemann deutsches Handelsrecht S. 259 II. N. 16, 17), gültig ist, wiewohl der Bevollmächtigte Sch. nicht seinen Namen beigefügt hat. Da es sich gegenwärtig um ein Handelsgeschäft handelt, so ist überdies kein Grund vorhanden, die Frage über das Gebiet des Handelsrechts hinaus zu erörtern und auf die Gründe einzugehen, aus denen das OTr. in dem Plenarbeschluß vom 4. December 1854 und sodann in fast constanter Praxis seine Ansicht gerechtfertigt hat. Diese Gründe beruhen allerdings, wie gegen die Bemerkung in der Entsch. des ROHG. Bd. 5 S. 265 hervorzuheben ist, auf Besonderheiten des preuß. Rechts, auf den Anordnungen des allg. LR. und der allg. GO., aus denen erhellt, welches große Gewicht der Gesetzgeber auf die eigene Thätigkeit des seinen Namen Unterschreibenden und auf eine diesfällige Controle durch Gerichtspersonen, Notar, Zeugen und Beistände legt.

Nach dem im vorliegenden Fall zunächst maßgebenden Handelsrecht (HGB. Art. 1) und nach dem gerichtlichen Zeugniß, welches die Entscheidungen des ROHG. über die diesfälligen im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche (HGB. Art. 279) enthalten, ist anzunehmen, daß bei dem mehrerwähnten Vermerk in der Zeichenliste die Eintragung des Namens des Erblassers der Beklagten genügt." . . .

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 23. März 1881. Wck.

---

214. Durch die mit seinem Willen geschehene Eintragung ins Actienbuch wird der Erwerber der Namenactie der Gesellschaft gegenüber zur Vollzahlung der Actie verpflichtet.

Vgl. Bd. 34 Nr. 145.

Klägerin hat dem Beklagten acht Actien der Commanditgesellschaft auf Actien, „Niederlausitzer Creditgesellschaft v. Zapp u. Co." verkauft, nachdem sie auf den Nominalbetrag von 200 M. erst 50 M. eingezahlt hatte. Der Beklagte wurde als Giratar dieser Actien, während er Mitglied des Aufsichtsraths der Gesellschaft war, ins Actienbuch eingetragen. Als die Gesellschaft in Concurs gerieth, forderte das Concursgericht sowohl die Klägerin als den Beklagten zur Vollzahlung der Actienbeträge auf, welche demnächst die Klägerin leistete. Sie klagte darauf gegen den Beklagten auf Erstattung des Betrages, welche der Beklagte unter dem Einwande weigerte, daß Klägerin die Actien nicht schriftlich gezeichnet habe, folglich eine Ver-

pflichtung zur Vollzahlung für Niemand entstanden sei. Die 1. Instanz hielt den Einwand für erheblich, während die 2. Instanz den Beklagten klaggemäß verurtheilte und höchstrichterlich die Verurtheilung aus folgenden Gründen bestätigt wurde:

„Sind bei einer Actiengesellschaft Inhaberactien ausgegeben, so begründet der Besitz einer Actie die Actionäreigenschaft. Sind Namenactien ausgegeben, so ist für die Eigenschaft als actueller Actionär der Besitz der Actie gleichgültig. Actionär ist der als solcher ins Actienbuch der Gesellschaft Eingetragene; der rechtmäßige Besitz der Actie giebt nur ein Recht auf Eintragung. Verlangt der Erwerber einer Namenactie die Eintragung ins Actienbuch, so erklärt er, als Actionär in die Gesellschaft treten zu wollen. Allerdings erklärt er, an Stelle desjenigen, auf dessen Namen die von ihm vorgelegte Actie eingetragen ist, eintreten zu wollen; allein daraus folgt nicht, daß er in das concrete Rechtsverhältniß eintritt, in welchem der bisher Eingetragene zur Gesellschaft stand. Hatte dieser z. B. besondere Verpflichtungen der Gesellschaft gegenüber übernommen, oder war die Eintragung ohne seinen Antrag erfolgt, so daß er dieselbe hätte anfechten können, so kann hieraus dem auf Grund der Uebertragung der Actie Eingetragenen weder eine Verpflichtung noch ein Recht erwachsen. Seine Eintragung erfolgt auf Grund des Statuts. Durch sie wird zwischen ihm und der Gesellschaft ein Vertrag abgeschlossen, für welchen nur das Statut, aber auch dieses im vollen Umfang, maßgebend ist. Er wird Actionär aus eigenem Recht. Dieser Auffassung entspricht auch die Indossabilität der Namenactien, vermöge deren es möglich ist, eine Actie durch die Hände verschiedener Personen gehen zu lassen, ohne daß der spätere Inhaber Rechtsnachfolger des früheren wird, ja ohne daß (beim Blancoindossament) erkennbar wird und bleibt, wer die Actie inne gehabt.

Für die Commanditgesellschaft auf Actien, bei welcher nur Namenactien vorkommen, gelten dieselben Grundsätze. Wer auf seinen Antrag auf Grund einer vorgelegten Actie ins Actienbuch eingetragen wird, ist Commanditist-Actionär mit den einem solchen nach dem Statut zukommenden Rechten und obliegenden Pflichten. Er ist namentlich auch verpflichtet, die statutarischen Einschüsse zu leisten. Dies ist auch in § 11 des Statuts der Niederlausitzer Creditgesellschaft v. Zapp u. Co. bestimmt.

Hiernach ist die Hauptargumentation des 2. Richters, welcher die Frage nach der Rechtswirksamkeit des zwischen der Klägerin und der Gesellschaft v. Zapp u. Co. abgeschlossenen „Urvertrags“ ganz unerörtert läßt und lediglich aus der Eintragung ins Actienbuch die Verpflichtung des Beklagten zur Vollzahlung der Actien herleitet, eine völlig richtige.

Dasselbe gilt aber auch von der weiteren Deduction des vorigen Richters. Ist, wie dies geschehen, thatsächlich festgestellt, daß der Beklagte von seiner Eintragung ins Actienbuch Kenntniß gehabt und, trotz seiner

Stellung als Aufsichtsrathsmitglied, gegen die Eintragung nicht protestirt hat, so ist als prima facie bewiesen anzunehmen, daß die Eintragung ordnungsmäßig, d. h. auf Antrag des Beklagten, erfolgt sei.

War nun aber der Beklagte durch seinen Eintritt in die Gesellschaft zur Vollzahlung der Actien verpflichtet, so ist darin, daß die Klägerin diese Zahlung geleistet, eine Verwendung in den Nutzen des Beklagten zu finden, zu deren Erstattung der Beklagte nach §§ 262, 268, 269 des allg. LR. Thl. I Tit. 13 verpflichtet ist." . . .

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 5. März 1881 in einer preuß. (landrechtl.) Sache. Deutscher Reichsanzeiger pro 1881, bes. Beil. Nr. 4 S. 5.

---

215. Voraussetzungen für die Annahme einer stillen Gesellschaft.

Vgl. Bd. 33 Nr. 149; Bd. 36 Nr. 35 mit Nachw.

Allerdings ist durch die vorliegenden Verträge ein Societätsverhältniß zwischen der Beklagten und der klägerischen Firma („Gebrüder L."), nämlich eine Betheiligung der Beklagten an dem Handelsgewerbe der Firma, begründet; denn die Beklagte sollte an dem Reingewinn des Geschäfts participiren, sie sollte die ihr auf ihr Guthaben ausbedungenen alljährlichen Abschlagszahlungen nur insoweit beanspruchen, als der Reingewinnsantheil der Gebrüder L. reichte, und sie hatte sich den ausgedehntesten Einfluß auf die Geschäftsführung gesichert. Aber in den Vertragsworten ist von der Errichtung einer offenen, Commandit- oder stillen Gesellschaft keine Rede; dagegen ist ausdrücklich bedungen, daß „etwaige Verluste die Herren Heinrich und Georg L. allein zu tragen haben"; die Beklagte sollte also an dem etwaigen Geschäftsverluste nicht theilnehmen, und hieraus ergiebt sich als die offenbare Vertragsabsicht, daß die Beklagte den Geschäftsgläubigern in keiner Weise verhaftet sein sollte.

Die Annahme, daß in dem Vertrage die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Commanditgesellschaft dennoch beabsichtigt gewesen sei, ist nun vor Allem schon deshalb ausgeschlossen, weil die Beklagte an dem Geschäftsverluste nicht betheiligt sein und folglich nach der Vertragsabsicht überhaupt eine Haft für die Geschäftsschulden nicht zu tragen haben sollte.

Aus demselben Grunde darf aber auch eine stille Gesellschaft im Sinn des HGB. nicht angenommen werden. Der Art. 250 bestimmt: „Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wenn sich Jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines Andern mit einer Vermögenseinlage gegen Antheil an Gewinn und Verlust betheiligt." Hiernach gehört die Theilnahme an dem Verlust zu den Voraussetzungen für das Vorhandensein einer stillen Gesellschaft.

pflichtung zur Vollzahlung für Niemand entstanden sei. Die 1. Instanz hielt den Einwand für erheblich, während die 2. Instanz den Beklagten klaggemäß verurtheilte und höchstrichterlich die Verurtheilung aus folgenden Gründen bestätigt wurde:

„Sind bei einer Actiengesellschaft Inhaberactien ausgegeben, so begründet der Besitz einer Actie die Actionäreigenschaft. Sind Namenactien ausgegeben, so ist für die Eigenschaft als actueller Actionär der Besitz der Actie gleichgültig. Actionär ist der als solcher ins Actienbuch der Gesellschaft Eingetragene; der rechtmäßige Besitz der Actie giebt nur ein Recht auf Eintragung. Verlangt der Erwerber einer Namenactie die Eintragung ins Actienbuch, so erklärt er, als Actionär in die Gesellschaft treten zu wollen. Allerdings erklärt er, an Stelle desjenigen, auf dessen Namen die von ihm vorgelegte Actie eingetragen ist, eintreten zu wollen; allein daraus folgt nicht, daß er in das concrete Rechtsverhältniß eintritt, in welchem der bisher Eingetragene zur Gesellschaft stand. Hatte dieser z. B. besondere Verpflichtungen der Gesellschaft gegenüber übernommen, oder war die Eintragung ohne seinen Antrag erfolgt, so daß er dieselbe hätte anfechten können, so kann hieraus dem auf Grund der Uebertragung der Actie Eingetragenen weder eine Verpflichtung noch ein Recht erwachsen. Seine Eintragung erfolgt auf Grund des Statuts. Durch sie wird zwischen ihm und der Gesellschaft ein Vertrag abgeschlossen, für welchen nur das Statut, aber auch dieses im vollen Umfang, maßgebend ist. Er wird Actionär aus eigenem Recht. Dieser Auffassung entspricht auch die Indossabilität der Namenactien, vermöge deren es möglich ist, eine Actie durch die Hände verschiedener Personen gehen zu lassen, ohne daß der spätere Inhaber Rechtsnachfolger des früheren wird, ja ohne daß (beim Blancoindossament) erkennbar wird und bleibt, wer die Actie inne gehabt.

Für die Commanditgesellschaft auf Actien, bei welcher nur Namenactien vorkommen, gelten dieselben Grundsätze. Wer auf seinen Antrag auf Grund einer vorgelegten Actie ins Actienbuch eingetragen wird, ist Commanditist-Actionär mit den einem solchen nach dem Statut zukommenden Rechten und obliegenden Pflichten. Er ist namentlich auch verpflichtet, die statutarischen Einschüsse zu leisten. Dies ist auch in § 11 des Statuts der Niederlausitzer Creditgesellschaft v. Zapp u. Co. bestimmt.

Hiernach ist die Hauptargumentation des 2. Richters, welcher die Frage nach der Rechtswirksamkeit des zwischen der Klägerin und der Gesellschaft v. Zapp u. Co. abgeschlossenen „Urvertrags“ ganz unerörtert läßt und lediglich aus der Eintragung ins Actienbuch die Verpflichtung des Beklagten zur Vollzahlung der Actien herleitet, eine völlig richtige.

Dasselbe gilt aber auch von der weiteren Deduction des vorigen Richters. Ist, wie dies geschehen, thatsächlich festgestellt, daß der Beklagte von seiner Eintragung ins Actienbuch Kenntniß gehabt und, trotz seiner

216. Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit sind keine Handelsgesellschaften; die von ihnen übernommenen Versicherungen sind keine Handelsgeschäfte.

Vgl. Bd. 26 Nr. 157, 257; Bd. 29 Nr. 54; Bd. 31 Nr. 353.

„Bekanntlich bestehen in Oesterreich wohl politische Vorschriften, welche sich über die zur Gründung von Versicherungsgesellschaften erforderliche Bewilligung aussprechen und die Oberaufsicht des Staats sowie die Vermögensgebahrung derselben regeln . . . ; für die rechtliche Natur des Versicherungsvertrages, der auch im HGB. keine Aufnahme fand, sind jedoch noch immer die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 1287—1292) wesentlich maßgebend.

Die erste Frage, die zur Lösung zu gelangen hat, ist jene, ob auch die Versicherung gegen Prämien durch eine wechselseitige Versicherungsgesellschaft im Sinn des Art. 271 Ziff. 3 des HGB. an und für sich ein objectives Handelsgeschäft bilde, eine Frage, die schon bei der Berathung des HGB. aufgeworfen, jedoch von der Mehrheit in der Nürnberger Commission (Protocolle S. 5056) abgelehnt ward. So werthvoll die betreffenden Protocolle für die Interpretation des HGB. sind, insbesondere wo es sich um die Erforschung des Geistes handelt, von dem die Gesetzgebung ausging, so würde es doch nicht genügen, sich auf dieselben allein zu stützen, sondern es kann die Beantwortung nur aus dem Begriff des Versicherungsvertrages und dem Grundcharakter eines Handelsgeschäfts überhaupt abgeleitet werden.

Nach § 1288 des b. GB. ist der Versicherungsvertrag jener Vertrag, wodurch Jemand die Gefahr des Schadens, welcher einen Andern, ohne dessen Verschulden, treffen könnte, auf sich nimmt und ihm gegen einen gewissen Preis den bedungenen Ersatz zu leisten verspricht. Schon die Stellung dieses Vertrages unter die Glücksverträge, in welchen die Parteien es von einem Zufall abhängig machen, für welche von ihnen der Vertrag von Vortheil ist, beweist, daß auch von unserem bürgerlichen Recht der Assecuranzvertrag als ein Speculationsvertrag aufgefaßt wird. Es gehört aber auch dazu, daß die Gegenleistung seitens des Versicherten eine bestimmte sei, über welche hinaus ihm keinerlei weitere Haftung obliegt. — Im ganzen Handelsrecht wird ebenso der Begriff des Handelsgeschäfts von dem Grundgedanken der Speculation, der Anhoffnung der Erzielung eines Gewinnes, einer Vermögensvermehrung, beherrscht, und wo nicht wenigstens von einer Seite dieser Zweck des Rechtsgeschäfts vorhanden ist, kann von einem Handelsgeschäft nicht die Rede sein.

Die wechselseitige Versicherung beruht aber auf dem Vertragswillen mehrerer Personen, denjenigen Schaden, welcher eine derselben durch ein zufälliges Ereigniß treffen könnte, gemeinschaftlich zu tragen, und die in der Regel im vorhinein zu zahlende Prämie hat nur den Zweck, den Fond zu

Eine Vereinbarung, der zufolge der Socius mit seiner Vermögenseinlage nur theilnimmt an dem Gewinn, nicht an dem Verlust des Betriebes, ist zwar weder gesetzlich unzulässig, noch erscheint sie an sich unvereinbar mit dem Wesen einer stillen Gesellschaft. Aber jene Begriffsbestimmung dient offenbar dem Zweck, festzustellen, unter welchen Voraussetzungen die für die stille Gesellschaft geltenden Vorschriften des HGB. unmittelbar anwendbar sein sollen. Und wenn damit auch der Privatwillkür Abweichungen von dieser Begriffsbestimmung nach der einen oder anderen Richtung hin selbstfolglich nicht verschlossen sind, so ist es doch immer nur auf den Willen der Contrahenten zurückzuführen, sofern mit den dadurch gebotenen Beschränkungen im Uebrigen die Vorschriften des HGB. auch auf ein bloßes Societätsverhältniß anwendbar bleiben, und wird es also stets nach dem Inhalt des Vertrages sich zu richten haben, ob und inwieweit eine Unterwerfung unter die Vorschriften des HGB. als vereinbart angesehen werden darf.

Aber im vorliegenden Fall würde es auch in Beziehung auf den unter den Parteien bestehenden Streitpunct nichts ändern können, wenn das zwischen ihnen errichtete Societätsverhältniß trotz der jedenfalls gültigen Vertragsbestimmung, daß die Beklagte an dem Geschäftsverlust nicht theilzunehmen hat, sich im Sinn des HGB. als eine stille Gesellschaft bezeichnen ließe. Nach Art. 258 des HGB. haftet die Einlage eines stillen Gesellschafters nur bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Verlustantheils erforderlich ist, und ist derselbe befugt, wegen seiner Einlage, soweit sie den Betrag seines Verlustantheils übersteigt, seine Forderung als Concursforderung geltend zu machen; es würde also der stille Gesellschafter hier, wo er an dem Verlust überall nicht theilzunehmen hätte, wegen seiner ganzen Einlage als Concursgläubiger auftreten dürfen. Daß er mit dieser Concursforderung den übrigen Concursgläubigern nachzustehen habe, ist nicht vorgeschrieben; in der 2. Lesung des HGB. hatte eine solche Bestimmung Aufnahme gefunden (Protocolle S. 1157), dieselbe wurde aber in 3. Lesung wieder beseitigt, weil die Auffassung der stillen Gesellschaft als eines bloß obligatorischen, nach Außen hin nicht hervortretenden Verhältnisses der beiden Gesellschafter gegen einander durchdrang (Protocolle S. 4547 ff.).

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 30. Novbr. 1880 i. S. Gebr. Löhbold w. deutsche Vereinsbank. St.

Ziff. 3 des HGB. objectiv ein Handelsgeschäft nicht bildet, schon deshalb allein eine solche Gesellschaft unter diese Kategorieen nicht eingereiht werden. Aber auch zu den Actiengesellschaften, sollte auch für eine wechselseitige Versicherungsgesellschaft diese Form gewählt werden, könnte man sie nimmer zählen, denn jede handelsrechtliche Gesellschaft, somit auch die Actiengesellschaft, wird zu dem Behuf gegründet, um mit Dritten, außerhalb der Gesellschaft Stehenden, als eine juristische Persönlichkeit Geschäfte zu machen, während die wechselseitige Versicherungsgesellschaft ihre Geschäftsthätigkeit nur nach Innen auf den Kreis ihrer eigenen Mitglieder beschränkt, insofern es nicht die rein privatrechtliche Fructificirung ihrer Fonds betrifft, und die Erzielung eines die Deckung des erforderlichen Reservefonds übersteigenden Gewinns geradezu ausgeschlossen ist. Ob sie nun ihre Geschäfte in kaufmännischer Form abwickelt und die Wahl ihres Vorstands, ihre Rechte nach Innen und Außen, sowie die Auflösung und Liquidirung der Gesellschaft nach den für Actiengesellschaften gegebenen Vorschriften regelt, kann auf die rechtliche Natur der wechselseitigen Versicherungsgesellschaft keinen Einfluß haben, sowie auch bisher wechselseitige Versicherungsgesellschaften nie in das Handelsregister eingetragen wurden. — Dies gilt selbstverständlich noch in erhöhtem Maß von den unter öffentlicher Verwaltung stehenden wechselseitigen Versicherungsinstituten.

Diese Auffassung wird aber auch durch die Ministerialverordnung vom 18. August 1880 bestätigt, durch welche insbesondere vorgesorgt wird, daß wechselseitige Versicherungsgesellschaften nicht den Charakter von Erwerbsgesellschaften annehmen können, indem nach § 19 vor Rückzahlung des Gründungs- und Bildung des Reservefonds in der erforderlichen Höhe die Vertheilung eines Ueberschusses nicht platzgreifen darf und nach § 13 ausdrücklich verboten wird, Risicos anderer Gesellschaften in Rückversicherung zu nehmen.

Man muß daher ebenfalls zu dem Schluß gelangen, daß wechselseitige Versicherungsgesellschaften keine Handelsgesellschaften sind."

Beschluß des obersten Gerichtshofs zu Wien v. 30. März 1881. Allg. österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1881 S. 118.

---

217. Wann ist die Bürgschaft eines Kaufmanns als Handelsgeschäft zu behandeln?

Vgl. Bd. 23 Nr. 161; Bd. 28 Nr. 180; Bd. 35 Nr. 310 II. und unten Nr. 219.

Kaufmann A. hatte dem Kaufmann C. Waaren creditirt unter der Bürgschaft des Kaufmanns B. Als C. nicht zahlte, klagte A. wider B. aus der Bürgschaft beim Bezirksgericht; B. schützte die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts vor, weil das Handelsgericht zuständig sei. Die Einrede ward in 2. Instanz verworfen, indem ausgeführt wurde:

schaffen, um daraus den Schaden, welcher ein Mitglied der Vereinigung in einer bestimmten Zeitperiode treffen könnte, zu decken. Der Zweck eines solchen Vertrages ist daher nicht Vermögenserwerb, sondern vielmehr die Erhaltung des Vorhandenen; jedes Mitglied ist Versicherter für seinen Schaden und zugleich Versicherer der Schäden der Uebrigen; der zu leistende Beitrag ist keine Prämie im Sinn des § 1288 des b. GB., mit deren Zahlung jede weitere Haftung seitens des Versicherten aufhört, und welche, wenn die zu vergütenden Schäden die Höhe der Einzahlungen nicht erreichen, einen Gewinn des Versicherers bildet, sondern sie ist nur ein Vorschuß, und der Versicherer hat bei der wechselseitigen Versicherung die weitere Haftung für seinen aliquoten Antheil an dem Schaden eines andern Mitgliedes, insoweit die eingezahlten Vorschüsse dieselben nicht decken, zu tragen, dagegen aber auch das Recht, in irgend einer Form seinen Antheil an dem allfälligen Ueberschuß zurückzuerhalten. — Die allfällige statutenmäßige Amortisation des Gründungsfonds, oder die Beschaffung des Reservefonds, der während der Dauer der Mitgliedschaft Eigenthum aller Mitglieder ist, macht in dieser rechtlichen Auffassung keinen Unterschied. — Wenn jedoch außer dem Versicherten noch Kapitalisten als bleibende Mitglieder erscheinen, welche für das Risico ihres Kapitals am Gewinn besonders betheiligt sind, besteht eben keine wechselseitige Versicherungsgesellschaft, sondern eine gemischte, auf welche die Grundsätze der ersteren keine Anwendung finden.

Wo daher die Vereinigung nur aus gegenseitigen Versicherten besteht und die Prämie nicht eine fixe, ohne jede weitere Haftung ist, fehlen dem Vertrage die Kriterien des im § 1288 des b. GB. normirten Versicherungsvertrags, ebenso wie jene eines objectiven Handelsgeschäfts; was nicht ausschließt, daß das Geschäft subjectiv von Seiten des Versicherers, z. B. des Kaufmanns, der im Betriebe seines Geschäfts seine Waaren bei einer wechselseitigen Versicherungsgesellschaft assecurirt, ein Handelsgeschäft sein kann. Nachdem aber der Art. 271 des HGB. nur objective Handelsgeschäfte zum Gegenstand hat, erscheint die Anschauung begründet, daß die Versicherung gegen Prämie seitens einer wechselseitigen Versicherungsgesellschaft nicht unter die Bestimmung des Abs. 3 dieses Artikels falle.

Zur zweiten Frage, ob wechselseitige Versicherungsgesellschaften als Handelsgesellschaften zu behandeln seien, übergehend, so muß auch hier wieder das oberste Kriterium jeder Handelsgesellschaft vor Augen gehalten werden. Ueberall liegt derselben der Gedanke zu Grunde, daß eine Vereinigung der Personen zu dem Behuf eingegangen wird, um mit Dritten auf Erwerb abzielende Geschäfte zu machen.

Bei der offenen Handelsgesellschaft (Art. 85), der Commanditgesellschaft (Art. 150) und der Commanditgesellschaft auf Actien (Art. 173) ist schon vom Gesetz der Betrieb von Handelsgeschäften als Zweck hingestellt, was es könnte, so wie die wechselseitige Versicherung im Sinn des Art. 271

Nr. IV Abs. 3, Goldschmidt Handelsrecht 1. Bd. 2. Abth. S. 939 stehen auf der Seite des Appell.-Richters, während Krawel in seinem Handelsrecht und Keyßner zu Art. 310 die strengere Richtung vertreten. Das Gericht hat der Ansicht der angefochtenen Entscheidung beigepflichtet und deshalb die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen. Daß aus der in Frage stehenden Vorschrift das Gebot eines öffentlichen Verkaufs mit Recht nicht gefolgert werden kann, ist in der angezogenen Entscheidung des ROHG. überzeugend ausgeführt. Geht man davon aus, so enthält der Art. 310 überhaupt keine Schranke für das richterliche Ermessen, und es ist ein Act dieses Ermessens, wenn der Richter nach Lage des besonderen Falls dem Gläubiger die Bestimmung der Verkaufsmodalitäten überläßt unter der nach Art. 282 gegebenen Voraussetzung, es habe der Gläubiger dabei mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu verfahren. Daß im vorliegenden Fall der um die Bewilligung des Verkaufs angegangene Richter in Uebung seines Ermessens sich nur auf die Ertheilung der Bewilligung beschränkt habe, ist eine thatsächliche Voraussetzung des Appell.-Richters, welche als solche sich der nur materiellen Rüge der Nichtigkeitsbeschwerde entzieht.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 3. Febr. 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Lüddeke w. Deutsche Credit- und Sparbank Engel u. Co.
Wck.

Die oben angezogene Motivirung des Erk. des ROHG. (Entsch. Bd. 14 S. 29) lautet:

„in Erwägung, daß der Art. 310 Abs. 2 des HGB. die Befugniß des vom Pfandgläubiger angegangenen Gerichts, den Verkauf der verpfändeten Gegenstände anzuordnen, nicht auf Anordnung eines öffentlichen Verkaufs beschränkt, und daß, wenn in dem der Berathung des HGB. zu Grunde gelegten preuß. Entwurf, sowie im Entwurf erster Lesung die Anordnung eines öffentlichen Verkaufs vorgeschrieben war, anzunehmen ist, daß die Streichung des Worts „öffentlich" nicht deswegen erfolgt sei, weil man dasselbe für überflüssig gehalten, sondern weil man jene Beschränkung aufheben wollte, was auch den sonstigen Bestimmungen des HGB. (vgl. Art. 311, 343 ꝛc.) entspricht".

---

219. Findet die Formfreiheit der Handelsgeschäfte auf die Uebernahme einer Bürgschaft für eine aus einem Handelsgeschäft herrührende Forderung Anwendung, wenn die Bürgschaftsübernahme selbst als Handelsgeschäft nicht anzusehen ist?

Vgl. oben Nr. 217 mit Nachw.

Nach der thatsächlichen Feststellung des angefochtenen Urtheils hat der Beklagte nicht erklärt, er trete als eigentlicher Contrahent in das

zwischen dem Cedenten des Klägers M. und dem Kaufmann W. bestehende Geschäft ein. Vielmehr hat er nur erklärt, er wolle die Schuld desselben als Bürge bezahlen. Der Berufungsrichter prüft, ob die nach dem allg. preuß. LR. Thl. I Tit. 14 § 317 an sich erforderliche schriftliche Form für diese Bürgschaftserklärung deshalb entbehrlich gewesen ist, weil im Art. 317 des HGB. bestimmt wird: „Bei Handelsgeschäften ist die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt."

Wenn auch durch diese von dem Entwurfe nach der ersten Lesung abweichende Fassung des Art. 317 hat ausgedrückt werden sollen, daß auch präparatorische und nachfolgende Verträge bei Handelsgeschäften der gewährten Formfreiheit ebenfalls unterliegen, so ist diese Freiheit doch nicht auf den vorliegenden Bürgschaftsvertrag, der sich nach der thatsächlichen Feststellung als ein abgesondertes Rechtsgeschäft darstellt, auszudehnen. Es ist nicht Rechtens, daß die Formfreiheit des Art. 317 schon deshalb eintritt, weil die Forderung aus einem Handelsgeschäft herrührt, für welche die Bürgschaft eingegangen worden ist. Die vorliegende Bürgschaft an sich ist nach dem festgestellten Thatbestande unter Berücksichtigung der Art. 271 ff. des HGB. kein Handelsgeschäft, und die im Art. 274 ausgesprochene Vermuthung, daß die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig gelten sollen, widerlegt der Berufungsrichter mit der thatsächlichen Erwägung, daß anzunehmen sei, der Beklagte habe die Bürgschaft für den Kaufmann W., seinen Schwager, lediglich aus verwandtschaftlichen Rücksichten und nicht im Betrieb des eigenen Handelsgewerbes übernommen.

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 26. Jan. 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Heinsch w. Moses. Wck.

---

220. Gilt der Empfänger einer Waarensendung als Käufer der über die Bestellung hinaus gesandten Waaren, wenn er die Sendung ohne Untersuchung und vor erhaltener Kenntniß ihres Mehrinhalts weiter veräußert?

Vgl. Bd. 2 Nr. 274.

A. schickte dem B. die von diesem bestellten Schuhwaaren in einer Kiste von Skuc nach Wien und legte eine der Bestellung entsprechende Factura bei. Demnächst zeigte er dem B. an, daß er der Sendung 6 Paar Stiefel, welche das bestellte Quantum überstiegen, beigepackt habe, die versehentlich nicht mit in die Factura aufgenommen seien, und verlangte die Berichtigung ihres Preises mit 81 fl. Der die Zahlung verweigernde B. wandte gegen die desfällige Klage des A. ein, daß er die in Wien

eingegangene Waare, ohne die Sendung zu öffnen und noch vor Empfang der Mittheilung über deren Mehrinhalt, auch ohne sonstige Kenntniß der letzteren weiter veräußert und an den Käufer in Bukarest abgesandt habe. Die Klage wurde in 2. Instanz aus folgenden Gründen, welche höchstrichterlich in Bezug genommen wurden, abgewiesen, falls Beklagter beweise, daß er die Waare vor Empfang der klägerischen Mittheilung über den Mehrinhalt weiter verkauft und versandt habe:

„Wenn Kläger der Sendung die in der Klage bezeichneten 6 Paar Stiefel beigepackt hat, so folgt daraus noch nicht, daß der Beklagte den Kaufpreis für dieselben zu zahlen hat; denn der Kläger gesteht selbst zu, daß der Beklagte die Waarensendung nicht behalten, sondern weiter verkauft und nach Bukarest geschickt habe. Eine Verpflichtung, die Waarenkiste bei ihrer Ankunft zu öffnen und die darin befindlichen Waaren zu untersuchen und mit der erhaltenen Factura zu vergleichen, lag dem Beklagten nicht ob, sondern die Unterlassung der Untersuchung hat nach Art. 347 des HGB. nur die Folge, daß die Waare betreffs Mängel, welche bei der sofortigen Untersuchung erkennbar waren, für genehmigt gilt, was aber nur auf jene Waaren Anwendung hat, welche in der Factura enthalten waren, oder von denen der Empfänger sonst in Kenntniß ist, daß er sie erhalten hat. Nun gesteht der Beklagte allerdings zu, daß ihm der Kläger die Mehrsendung avisirt hat, er will aber hiervon erst nach Abschickung der Waare nach Bukarest Kenntniß erhalten haben. Dieser Umstand ist der entscheidende; denn aus dem Vorangeführten ergiebt sich, daß nur jene Bestandtheile der Sendung, von deren Zusendung der Beklagte durch die Factura in Kenntniß gesetzt wurde, dadurch, daß der Beklagte die Sendung uneröffnet weiter spediren ließ, er somit hierüber in seinem Namen und auf eigene Rechnung verfügte, von ihm angenommen und stillschweigend genehmigt wurden, nicht aber auch jene, von denen er garkeine Kenntniß hatte, daß sie beigepackt seien. War also dies Letztere der Fall, so kann aus der Weiterversendung der uneröffneten Kiste nicht angenommen werden, daß der Beklagte hiermit auch die 6 Paar Stiefel käuflich übernommen habe, sowie den Kläger aus seinem Versehen weiter die Gefahr rücksichtlich dieser Waare trifft, für welche und deren Werth der Beklagte nicht zu haften hat. Wenn auch die Behauptung des Beklagten nicht richtig wäre, daß nach der vom Käufer in Bukarest erhaltenen Auskunft die 6 Paar Stiefel in der Kiste sich garnicht befunden haben, wenn auch die Behauptung des Klägers richtig wäre, daß der Beklagte vom Bukarester Käufer den Kaufpreis für diese Stiefel erhalten hat, so kommt es hierauf garnicht an; denn im letzteren Fall wäre der Beklagte nur verpflichtet, den erhaltenen Betrag, welchen er ohne Rechtsgrund inne hat, dem Kläger zurückzustellen. Der Kläger aber hat seinen Anspruch nicht

auf diesen Titel, sondern einzig und allein auf den Titel des Kaufpreises gestützt."

Erk. des obersten Gerichtshofs zu Wien v. 23. Juli 1879. Allg. österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1881 S. 115.

---

221. Ist der Käufer verpflichtet, einen ihm von dem Verkäufer zugesandten Ballen, in welchem sich außer den gekauften noch andere Waaren befinden, anzunehmen?

Vgl. Bd. 20 Nr. 164; Bd. 32 Nr. 74.

Klägerin verlangt Bezahlung des Kaufpreises für die vier in der Klagerechnung aufgeführten Halbstücke Buckskin, welche Beklagter nicht leisten will, indem er bestreitet, mehr als drei Stück bestellt zu haben und sich deshalb auch für berechtigt hält, die Annahme der in Einem Ballen verpackten vier Stück zu verweigern. Der Appell.-Richter hat diese Einwendungen nicht für durchgreifend erachtet und die nach dem Klagantrage verurtheilende erste Entscheidung bestätigt[1]). Die dagegen erhobenen Angriffe der Nichtigkeitsbeschwerde sind nicht begründet.

Weil der Appell.-Richter die Annahmeweigerung des Beklagten durch die erwähnte Art der Verpackung nicht für gerechtfertigt erachtet, rügt die Nichtigkeitsbeschwerde Verletzung der Art. 323. 346 des HGB. § 271 Tit. 5 § 137 Tit. 7, § 215 Tit. 11 Thl. I des allg. (preuß.) Landrechts und eines dahin formulirten Rechtssatzes: „Der Käufer ist nicht verpflichtet, einen ihm vom Verkäufer übersandten Ballen, in welchem sich nach des Letzteren Mittheilung außer der gekauften auch noch eine oder mehrere andere nicht bestellte oder gekaufte Waaren befinden, als vertragsmäßige Lieferung der gekauften Waare anzunehmen." Ein Rechtsgrundsatz in dieser Ausdehnung kann nicht anerkannt werden. Es kommt vielmehr in jedem einzelnen Fall auf die Untersuchung an, ob die in Frage stehende Beipackung nach ihrer Beschaffenheit, ihrem Verhältniß zu Art und Umfang der bestellten Waare, nach Maßgabe der dadurch an den Empfänger gestellten Anforderung, überhaupt nach Maßgabe der besondern Umstände, als wesentlicher Mangel der vertragsmäßigen Leistung des Verkäufers angesehen werden muß. Es bietet sich kein Anhalt für die Annahme, daß der Appell.-Richter von einem anderen Gesichtspunct ausgegangen ist. Besondere Gründe hat er bei diesem Theil der Begründung seiner Entscheidung nicht gegeben. Daraus ist zu schließen, daß er sie bei diesem Punct nach Lage des von ihm festgestellten Sachverhältnisses von selbst für gerechtfertigt erachtet. Dieses läßt auch in Wirklichkeit die gerügte Beipackung des Halbstücks Buckskin

---

[1]) Die Verurtheilung zur Bezahlung auch des vierten Stücks erfolgte, weil Beklagter die Bezeichnung des angeblich nicht bestellten Stücks unterlassen hatte.

wegen der Leichtigkeit seiner Ausscheidung von den bestellten drei Stücken, der Müheloſigkeit seiner Aufbewahrung oder Hinterlegung und der im kaufmännischen Verkehr bei bestehender Geschäftsverbindung gebräuchlichen, auch im Gesetz (Art. 323 des HGB.) anerkannten Rücksicht als einen wesentlichen Mangel in der Vertragserfüllung nicht erkennen, welcher im Sinn des Art. 346 und § 271 a. a. O. den Anspruch auf Gegenleistung ausschließt. Auch das ROHG. hat in seinem, Bd. 18 S. 242 der Entscheidungen abgedruckten, Erkenntniß[1]) nur befunden, es brauche sich der Käufer, wenn mehr als das Bestellte geliefert werde, auf eine umständliche und zeitraubende Ausscheidung nicht einzulassen.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 26. Febr. 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Brinkmann w. Kolck u. Schreiber. Wck.

---

222. Enthält die Garantirung der Fehlerfreiheit für einen längeren Zeitraum eine Erstreckung der Rügefrist aus Art. 349 des HGB.?

Vgl. Bd. 29 Nr. 63; Bd. 32 Nr. 169.

Da nach der Behauptung des Beklagten der Hopfen erst im Winter 1878/79 in Gebrauch genommen werden sollte und die Garantie ausdrücklich bis dahin erstreckt worden war, ist unter Voraussetzung des Beweises dieser Behauptung die gesetzliche Rügefrist des Art. 349 des HGB. als bis zu dem Zeitpunct erstreckt anzunehmen, wo im Winter 1878/79 der Hopfen in Gebrauch genommen wurde. Der 2. Richter nimmt zur Begründung seiner der vorstehend ausgeführten entgegengesetzten Ansicht Bezug auf ein Erkenntniß des ROHG. (Entsch. Bd. 7 Nr. 110 S. 427). In diesem Erkenntniß ist allerdings ausgesprochen, daß die Zusage der Haltbarkeit der Waare den Käufer von der ordnungsmäßigen Untersuchung der Waare nicht entbinde, und ist ausgeführt, daß in einer solchen Zusage „keine Erklärung über eine neben der sonstigen guten Beschaffenheit hergehende besondere Eigenschaft, sondern nur die Bezeichnung der Waare als normal beschaffen, als gut, gesund, unverdorben liege", daß der Verkäufer damit also keine Garantie dafür übernommen habe, daß die Waare sich innerhalb einer bestimmten Zeit nicht verschlechtern werde. Diese Argumentation ist für den dort behandelten Fall zutreffend, nicht aber für den vorliegenden, welcher dadurch eine andere Gestaltung erhält, daß wegen der Empfindlichkeit der Waare gegen äußere Einflüsse (vgl. O. Spamer's illustrirtes Handelslexicon Bd. 2 unter Hopfen) eine Verpackung angewandt wurde, welche eine eingehende Untersuchung vor dem Zeitpunct der Ingebrauchnahme der Waare ausschloß. Die behauptete Zusage kann aus diesem Grunde nicht auf die Beschaffenheit

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 32 Nr. 74.

auf diesen Titel, sondern einzig und allein auf den Titel des Kaufpreises gestützt."

Erk. des obersten Gerichtshofs zu Wien v. 23. Juli 1879. Allg. österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1881 S. 115.

---

221. Ist der Käufer verpflichtet, einen ihm von dem Verkäufer zugesandten Ballen, in welchem sich außer den gekauften noch andere Waaren befinden, anzunehmen?

Vgl. Bd. 20 Nr. 164; Bd. 32 Nr. 74.

Klägerin verlangt Bezahlung des Kaufpreises für die vier in der Klagerechnung aufgeführten Halbstücke Buckskin, welche Beklagter nicht leisten will, indem er bestreitet, mehr als drei Stück bestellt zu haben und sich deshalb auch für berechtigt hält, die Annahme der in Einem Ballen verpackten vier Stück zu verweigern. Der Appell.-Richter hat diese Einwendungen nicht für durchgreifend erachtet und die nach dem Klagantrage verurtheilende erste Entscheidung bestätigt[1]). Die dagegen erhobenen Angriffe der Nichtigkeitsbeschwerde sind nicht begründet.

Weil der Appell.-Richter die Annahmeweigerung des Beklagten durch die erwähnte Art der Verpackung nicht für gerechtfertigt erachtet, rügt die Nichtigkeitsbeschwerde Verletzung der Art. 323. 346 des HGB. § 271 Tit. 5 § 137 Tit. 7, § 215 Tit. 11 Thl. I des allg. (preuß.) Landrechts und eines dahin formulirten Rechtssatzes: „Der Käufer ist nicht verpflichtet, einen ihm vom Verkäufer übersandten Ballen, in welchem sich nach des Letzteren Mittheilung außer der gekauften auch noch eine oder mehrere andere nicht bestellte oder gekaufte Waaren befinden, als vertragsmäßige Lieferung der gekauften Waare anzunehmen." Ein Rechtsgrundsatz in dieser Ausdehnung kann nicht anerkannt werden. Es kommt vielmehr in jedem einzelnen Fall auf die Untersuchung an, ob die in Frage stehende Beipackung nach ihrer Beschaffenheit, ihrem Verhältniß zu Art und Umfang der bestellten Waare, nach Maßgabe der dadurch an den Empfänger gestellten Anforderung, überhaupt nach Maßgabe der besondern Umstände, als wesentlicher Mangel der vertragsmäßigen Leistung des Verkäufers angesehen werden muß. Es bietet sich kein Anhalt für die Annahme, daß der Appell.-Richter von einem anderen Gesichtspunct ausgegangen ist. Besondere Gründe hat er bei diesem Theil der Begründung seiner Entscheidung nicht gegeben. Daraus ist zu schließen, daß er sie bei diesem Punct nach Lage des von ihm festgestellten Sachverhältnisses von selbst für gerechtfertigt erachtet. Dieses läßt auch in Wirklichkeit die gerügte Beipackung des Halbstücks Buckskin

[1]) Die Verurtheilung zur Bezahlung auch des vierten Stücks erfolgte, weil Beklagter die Bezeichnung des angeblich nicht bestellten Stücks unterlassen hatte.

nach den Klaganträgen; auf Cassationsrecurs der Beklagten wurde jedoch das 1. Erkenntniß aus folgenden Gründen vernichtet:

In Erwägung, daß das angegriffene Urtheil, indem es sich darauf stützt, daß das fragliche Faß mit einem erheblichen Manco am Bestimmungsort angekommen sei und in Folge dessen der Restinhalt desselben naturgemäß an Werth verloren habe, dem Cassationsverklagten das Recht zuspricht, die Annahme des Fasses einfach zu verweigern und den Ersatz des vollen Werths des letzteren zu fordern, daß diese Annahme indeß rechtsirrthümlich erscheint, da ein Abandonsystem, wie es der 1. Richter anerkennt, dem deutschen Handelsrecht fremd ist;

daß nach Art. 395 und 396 Abs. 3 des HGB. der Frachtführer im Fall der Beschädigung des Guts lediglich für den Ersatz des Schadens, und zwar in dem Umfang haftet, daß er den Unterschied zwischen dem Verkaufswerth des Guts im beschädigten Zustand und dem gemeinen Handelswerth, welchen das Gut ohne diese Beschädigung am Ort und zur Zeit der Ablieferung gehabt haben würde, . . . zu vergüten hat;

daß in den Art. 607, 614 in Verbindung mit Art. 612 des HGB. dasselbe Princip ausgesprochen ist, und der Art. 617 Abs. 2 desselben eine exceptionelle, nur für den Fall des letzteren anwendbare Bestimmung enthält;

daß für diese Auffassung des Gesetzes namentlich auch der Umstand in Betracht kommt, daß der Art. 312 des preuß. Entwurfs, der — abweichend von der landrechtlichen Vorschrift (Thl. I Tit. 6 § 91), wonach es im Fall der Beschädigung einer beweglichen Sache dem Beschädigten freistand, ob er mit der Vergütung des Schadens sich begnügen oder den ganzen Werth gegen Ueberlassung der Sache fordern wolle — dem Frachtführer, wenn durch die Beschädigung das Gut nicht unverkäuflich oder unbrauchbar geworden, die Wahl zwischen den beiden Alternativen: Vergütung des Schadens oder Ersatz des Werths des Guts gegen Uebernahme desselben einräumte, bei der Berathung verworfen worden ist, indem man davon ausging, daß ebenso wie die Bestimmung des preuß. Rechts für den Frachtführer hart sei, der bezogene Artikel des Entwurfs das Interesse des Destinatärs verletzen würde;

in Erwägung, daß die angeführten handelsrechtlichen Bestimmungen ganz allgemein von der Haftung des Frachtführers für „Beschädigungen" des Guts sprechen, und daher auch für Fälle der vorliegenden Art, wo neben dem Manco an dem Inhalt des Fasses zugleich eine Werthverminderung des Restes desselben eingetreten ist, etwas Anderes nicht gelten kann;

daß endlich auch der vorige Richter nicht festgestellt hat, daß dem Cassationsverklagten bei der Aufforderung zur Annahme des fraglichen Fasses ein Verzicht auf den ihm zustehenden Schadensersatzanspruch zugemuthet worden sei;

der Waare bei der Ablieferung, ſondern muß auf den Zuſtand derſelben jenem ſpäteren Zeitpunct bezogen werden (vgl. auch Entſch. des RO. Bd. 15 Nr. 62 S. 210).

Erk. des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 20. Octbr. 1880 in einer mecklenb. Sache. Fenner u. Mecke Archiv Bd. 2 S. 63.

---

223. Die nach Art. 356 des HGB. erforderliche Anzeige kann dem ſäumigen Contrahenten auch noch in der Klage gemacht werden.

Vgl. Bd. 28 Nr. 150; Bd. 29 Nr. 64, 262; Bd. 31 Nr. 268.

Nach der Feſtſtellung des Berufungsrichters hat der Kläger bisher ein von den ihm im Fall des Verzugs des Beklagten nach Art. 355 des HGB. zuſtehenden Alternativen nicht gewählt; er hat, wenn er auch das ihm zuſtehende Wahlrecht hat ausüben wollen, eine entſprechende Erklärung nicht abgegeben. Hat der Kläger aber ſeither eine ſolche Wahl nicht getroffen, ſo war es ihm unbenommen, dem Beklagten nach dem Art. 356 noch die Anzeige zu machen, daß er Schadenserſatz wegen Nichterfüllung fordere. Dieſe Anzeige iſt an eine beſtimmte Friſt nicht gebunden; ſie kann daher auch noch in und mit der Klage gemacht werden. Es läßt ſich auch nicht behaupten, daß hierdurch den Intereſſen des ſäumigen Contrahenten zu nahe getreten werde; denn ſolange dieſem nicht von ſeinem Mitcontrahenten die Anzeige gemacht worden iſt, daß ſtatt der Erfüllung Schadenserſatz wegen Nichterfüllung gefordert oder von dem Vertrage abgegangen werde, iſt es ihm geſtattet, den Vertrag zu erfüllen.

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 26. Febr. 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Hegenſcheidt w. Landsberger. Wek.

---

224. Der Frachtführer iſt nicht verpflichtet, ſtatt Schadenserſatz für das beſchädigte Frachtgut zu leiſten, dieſes gegen Erſatz des vollen Werths zu übernehmen.

Der deſignirte Empfänger eines per Bahn verſandten und in beſchädigtem Zuſtande, mit einem Manco von 64 Kilogramm am Beſtimmungsort anlangenden Faſſes Moſelwein verweigerte die Annahme. Seiner demnächſtigen Klage auf Erſatz des Werths des Faſſes mit dem vollen Kaufpreiſe widerſprach die beklagte Eiſenbahngeſellſchaft mit der Anführung, daß ſie das Faß nach vorgängiger Androhung an den Kläger öffentlich habe verkaufen laſſen und nur verpflichtet ſei, den Erlös nach Abzug der Koſten an den Kläger auszukehren und ihm außerdem den verhältnißmäßigen Werth des Manco zu erſetzen, wozu ſie auch bereit ſei. — Das LG. erkannte

Protest erst nach dem Ende der Lade- bzw. Löschzeit erhoben würde, schon der Tag dieser Protesterhebung selbst sein sollte; aber nachdem diese Meinung in dem Art. 511 Abs. 2 des Entwurfs erster Lesung auch ihren Ausdruck gefunden hatte, ist letzterer bei der völligen Umarbeitung des in Betracht kommenden Abschnitts des Entwurfs in zweiter Lesung eben gänzlich verloren gegangen, vermuthlich, weil auch jene Meinung selbst nunmehr aufgegeben war. — Das Liegegeld konnte im vorliegenden Fall mithin zuerst für den 28. Januar gefordert werden, also, da die Löschung am 2. Februar beendet wurde, im Ganzen nur für 6 Tage."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 18. Decbr. 1880 in einer hanseat. Sache. Deutscher Reichsanzeiger pro 1881, bes. Beil. Nr. 2 S. 6.

---

226. Ist der Anspruch auf Hülfslohn im Fall einer gemäß § 1 der kaiserl. Verordnung vom 15. August 1876 nach einem Zusammenstoß von Schiffen auf See geleisteten Hülfe ausgeschlossen?

Es handelt sich darum, ob die im § 1 der kaiserlichen Verordnung vom 15. August 1876 über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoß von Schiffen auf See dem Führer eines jeden derselben auferlegte Verpflichtung, dem andern Schiffe und den dazu gehörigen Personen zur Abwendung oder Verringerung der nachtheiligen Folgen des Zusammenstoßes den erforderlichen Beistand zu leisten, soweit er dazu ohne erhebliche Gefahr für das eigene Schiff und die darauf befindlichen Personen im Stande ist, den Anspruch auf eine Vergütung für diesen Beistand ausschließt. Diese Frage ist aber zu verneinen. Denn die gedachte Verordnung ist, wie auch im Eingang ausdrücklich erwähnt wird, gleich der Noth- und Lootsen-Signalordnung vom 14. August 1876 ergangen auf Grund des § 145 des StGB., welcher durch das Gesetz vom 26. Februar 1876 dahin erweitert war, daß außer der Uebertretung der vom Kaiser zur Verhütung des Zusammenstoßes der Schiffe auf See erlassenen Verordnungen auch die Uebertretung der kaiserlichen Verordnungen über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoß, sowie in Betreff der Noth- und Lootsensignale unter Strafe gestellt werden solle. Der § 1 der Verordnung charakterisirt sich daher als eine Bestimmung des öffentlichen Rechts, ohne die Frage, ob und welche civilrechtlichen Folgen die Erfüllung der statuirten Verpflichtung habe, irgendwie zu berühren. Diese Frage zu entscheiden konnte jene Verordnung auch unmöglich beabsichtigen. Denn sie war bereits durch ein Reichsgesetz, nämlich durch die Bestimmungen im 9. Titel des 5. Buches des HGB. Art. 742 ff. geordnet, welche — wie Kläger mit Unrecht vermeint — die Fälle, wo von zwei zusammengestoßenen Schiffen das eine dem andern hinterher Hülfe leistet, keineswegs ausschließen. Die Behauptung des Klägers, daß durch die Verordnung vom 15. August 1876

eine Lücke des HGB. ausgefüllt und zugleich der hier vorgesehene Fall dem Gebiet des Privatrechts entzogen sei, ist hiernach unbegründet. Nach dem HGB. gewährt aber schon die bloße Thatsache der Bergung oder Hülfsleistung einen Anspruch auf eine entsprechende Vergütung, ohne daß hierfür auch das Erforderniß der Freiwilligkeit aufgestellt wäre. Aus dem durch die gedachte Verordnung aufgestellten Gebot der Hülfsleistung kann die Unentgeltlichkeit der letzteren um so weniger hergeleitet werden, als eine Abänderung der betreffenden Bestimmungen des HGB. als eines Reichsgesetzes nach Art. 5 der Reichsverfassung nur im Wege der Reichsgesetzgebung zulässig gewesen sein würde. Nur so viel versteht sich allerdings von selbst, daß ein Schiff, welches nach einem Zusammenstoß dem andern Schiffe Beistand leistet, dann einen Hülfs- oder Bergelohn nicht fordern kann, wenn es dessen Beschädigung und Hülfsbedürftigkeit durch eigene Verschuldung beim Zusammenstoß herbeigeführt hat. Ob nach englischem Recht, auf welches Kläger hinweist, in einem Fall der vorliegenden Art Vergütung gefordert werden könnte, kann hier um so mehr dahingestellt bleiben, als das englische Recht über die sog. Salvage ganz besondere Grundsätze enthält (vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 22 S. 91 ff.). . . .

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 6. Novbr. 1880. Deutscher Reichsanzeiger pro 1881, bes. Beil. Nr. 1 S. 2.

---

227. Ein mit der Unterschrift des Ausstellers versehenes Blancoaccept verliert durch eigenmächtige Aenderung des Namens des Ausstellers die Gültigkeit.

Vgl. Bd. 19 Nr. 180, 181; Bd. 20 Nr. 178; Bd. 35 Nr. 73.

Es steht fest, daß der (jetzt ausgefüllte) Wechsel an eigene Ordre von der Sophia Sopott in blanco ausgestellt und von den Nikolaus und Josepha Sopott'schen Eheleuten in blanco acceptirt war, daß später aber der Name der Ausstellerin durchstrichen und an Stelle dieser Wechselunterschrift der Name des Klägers (als Ausstellers) gesetzt ist. Wer die Unterschrift der Sophia Sopott ausgestrichen hat, steht nicht fest; wohl aber ist durch Eid erwiesen, daß die Sophia Sopott nicht selbst ihre Unterschrift ausgestrichen hat. Bei diesem Hergange erachtet der Berufungsrichter den Kläger aus dem Wechsel nicht für berechtigt und die Beklagten aus ihrem Accept nicht für verhaftet. Und dem war beizutreten.

Blancosignaturen sind auch für die erste Entstehung eines Wechsels, wie Wechselgebrauch und Gerichtspraxis anerkennen, an sich zulässig und wirksam, wenn nur zur Zeit der Geltendmachung der Wechsel formrichtig ausgefüllt ist. Die Ausfüllung des in blanco ausgestellten Wechsels kann nachträglich entweder von dem Aussteller selbst oder von dem hierzu durch den Begebungsvertrag ermächtigten Inhaber erfolgen. Das vertragliche

Element, welches der Entſtehung und der Bewegung des Wechſels zum Grunde liegt, alſo der Begebungsvertrag, durch welchen der Inhalt des Wechſels und ſomit die Pflicht des Ausſtellers und des Acceptanten begrenzt wird, bringt es aber nothwendig mit ſich, daß der Inhalt, welcher dem Blancowechſel durch Ausfüllung gegeben wird, dem Willen der Begebungsintereſſenten entſpricht, daß dem Blancowechſel alſo kein anderer Inhalt als der gewollte gegeben wird. Allein in dem vorliegenden Fall handelt es ſich nicht um die Ausfüllung eines in blanco gegebenen Wechſels, ſondern um die Schaffung eines ganz neuen Wechſels; denn während nach der urſprünglichen Unterſchrift der Zahlungsauftrag und das Wechſelverſprechen von der Sophia Sopott ausgingen, ſind nach dem eingeklagten Wechſel beide von J. Herzberg, dem Kläger, ertheilt worden. Eine Aenderung der durch die Blancoſignatur gegebenen Elemente des Wechſels (alſo hier der Unterſchrift des Ausſtellers) lag, insbeſondere nach der Feſtſtellung des Berufungsrichters, nicht in dem übertragenen Recht der Ausfüllung des Blancowechſels. Der urſprüngliche Wechſel iſt durch Ausſtreichung der Ausſtellungsunterſchrift, als des weſentlichſten Erforderniſſes eines Wechſels, in ſeiner Form zerſtört, und der durch die neue Unterſchrift hergeſtellte Wechſel iſt, beim Mangel jeder begebungsvertraglichen Rechtsbeziehung zwiſchen dem Kläger und den Beklagten, als Blancoacceptanten aus einer Zeit vor jener Unterſchrift, wenigſtens dieſen Wechſelintereſſenten gegenüber ohne alle Wirkſamkeit. Der Kläger würde argliſtig handeln, wenn er aus dem einem andern Ausſteller gegebenen Blancoaccept, ohne jeden Nachweis der Berechtigung zur Ertheilung ſeiner Unterſchrift als Ausſteller, Rechte für ſich herleiten wollte. Um dieſen Nachweis zu führen, hat der Kläger nun in 1. Inſtanz, unter Eidesdelation an die urſprüngliche Ausſtellerin Sophia Sopott, zwar behauptet, daß die Wechſelunterſchrift der Sophia Sopott mit deren Wiſſen und Willen von einem Anderen ausgeſtrichen worden ſei: allein . . . wenn auch mit Genehmigung der Betheiligten der Schriftinhalt eines Wechſels abänderungsfähig ſein mag, ſo folgt doch aus der angeblichen Einwilligung der Sophia Sopott in die Streichung ihrer Unterſchrift als Ausſtellerin noch nichts für das Recht des Klägers, ſeine Ausſtellungsunterſchrift auf den Wechſel zu bringen und durch dieſe Unterſchrift beſtandene, aber durch die Ausſtreichung der Unterſchrift der urſprünglichen Ausſtellerin, welcher gegenüber das Blancoaccept ertheilt worden iſt, erloſchene Rechte aus dem Accept für ſeine Perſon wieder wirkſam zu machen. Dieſe, unberechtigt vorgenommene, Aenderung des Wechſels in ſeiner Unterſchrift kann, weil ſie eine Verfälſchung darſtellt, keine Rechte gegen die Acceptanten geben. Alſo der angetretene Beweis könnte das fehlende Wechſelrecht des Klägers überhaupt nicht begründen.

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 12. Febr. 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Herzberg w. Sopott'ſche Eheleute. Wck.

eine Lücke des HGB. ausgefüllt und zugleich der hier vorgesehene Fall dem Gebiet des Privatrechts entzogen sei, ist hiernach unbegründet. Nach dem HGB. gewährt aber schon die bloße Thatsache der Bergung oder Hülfsleistung einen Anspruch auf eine entsprechende Vergütung, ohne daß hierfür auch das Erforderniß der Freiwilligkeit aufgestellt wäre. Aus dem durch die gedachte Verordnung aufgestellten Gebot der Hülfsleistung kann die Unentgeltlichkeit der letzteren um so weniger hergeleitet werden, als eine Abänderung der betreffenden Bestimmungen des HGB. als eines Reichsgesetzes nach Art. 5 der Reichsverfassung nur im Wege der Reichsgesetzgebung zulässig gewesen sein würde. Nur so viel versteht sich allerdings von selbst, daß ein Schiff, welches nach einem Zusammenstoß dem andern Schiffe Beistand leistet, dann einen Hülfs- oder Bergelohn nicht fordern kann, wenn es dessen Beschädigung und Hülfsbedürftigkeit durch eigene Verschuldung beim Zusammenstoß herbeigeführt hat. Ob nach englischem Recht, auf welches Kläger hinweist, in einem Fall der vorliegenden Art Vergütung gefordert werden könnte, kann hier um so mehr dahingestellt bleiben, als das englische Recht über die sog. Salvage ganz besondere Grundsätze enthält (vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 22 S. 91 ff.). . . .

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 6. Novbr. 1880. Deutscher Reichsanzeiger pro 1881, bes. Beil. Nr. 1 S. 2.

---

227. Ein mit der Unterschrift des Ausstellers versehenes Blancoaccept verliert durch eigenmächtige Aenderung des Namens des Ausstellers die Gültigkeit.

Vgl. Bd. 19 Nr. 180, 181; Bd. 20 Nr. 178; Bd. 35 Nr. 73.

Es steht fest, daß der (jetzt ausgefüllte) Wechsel an eigene Ordre von der Sophia Sopott in blanco ausgestellt und von den Nikolaus und Josepha Sopott'schen Eheleuten in blanco acceptirt war, daß später aber der Name der Ausstellerin durchstrichen und an Stelle dieser Wechselunterschrift der Name des Klägers (als Ausstellers) gesetzt ist. Wer die Unterschrift der Sophia Sopott ausgestrichen hat, steht nicht fest; wohl aber ist durch Eid erwiesen, daß die Sophia Sopott nicht selbst ihre Unterschrift ausgestrichen hat. Bei diesem Hergange erachtet der Berufungsrichter den Kläger aus dem Wechsel nicht für berechtigt und die Beklagten aus ihrem Accept nicht für verhaftet. Und dem war beizutreten.

Blancosignaturen sind auch für die erste Entstehung eines Wechsels, wie Wechselgebrauch und Gerichtspraxis anerkennen, an sich zulässig und wirksam, wenn nur zur Zeit der Geltendmachung der Wechsel formrichtig ausgefüllt ist. Die Ausfüllung des in blanco ausgestellten Wechsels kann nachträglich entweder von dem Aussteller selbst oder von dem hierzu durch den Begebungsvertrag ermächtigten Inhaber erfolgen. Das vertragliche

derjenige Wechselschuldner ist, welcher die Wechselzahlung versprochen und damit die directe Wechselverbindlichkeit auf sich genommen hat, und dagegen der Aussteller und die Indossanten nur einem Regreßanspruch unterworfen sind, so ist hiermit nicht bloß das Motiv der im Art. 31 Satz 2 getroffenen Unterscheidung gegeben, sondern man muß hiernach auch geradezu den Kern und das juristische Wesen des Inhalts dieser Gesetzesbestimmung darin finden, daß nur die Fortdauer des Regreßanspruchs an das Erforderniß der Präsentation hat geknüpft sein sollen. Hieraus folgt, daß die Beantwortung der Frage, ob durch die im Art. 98 Nr. 5 vorgeschriebene Anwendung des Art. 31 auf den eigenen Wechsel das Präjudiz dieses Artikels auf den Aussteller des eigenen Sichtwechsels erstreckt sei, von der rechtlichen Natur der demselben obliegenden Wechselverbindlichkeit abhängen muß. Nun hat aber in dem eigenen Wechsel der Aussteller die Zahlung der Wechselsumme versprochen; derselbe haftet daher direct als Hauptwechselschuldner und nicht erst im Regreßwege.

Wenn der Revisionskläger noch einwendet, die angefochtene Entscheidung führe zu dem unleidlichen Ergebniß, daß der Inhaber eines eigenen Sichtwechsels dem Aussteller gegenüber durch Verzögerung der Präsentation die Fälligkeit des Wechselanspruchs und damit den Beginn der Wechselverjährung beliebig hinausschieben könne, und dabei auszuführen versucht, daß das ROHG. durch seine Entscheidung Bd. 11 Nr. 22[1]): daß die Wechselverjährung gegen den Aussteller eines eigenen Sichtwechsels bei Versäumung der Präsentationsfrist des Art. 31 Satz 2 dennoch mit dem Ablauf dieser Frist beginne, sich mit seiner hier in Rede stehenden Entscheidung in Widerspruch gesetzt habe, so übersieht er, daß die Rechtslage, welcher der Aussteller eines eigenen Sichtwechsels in Consequenz der gegenwärtigen Entscheidung ausgesetzt ist, keine andere ist als diejenige, in welche auch der Acceptant eines gezogenen Sichtwechsels in Folge der klaren Bestimmung des Art. 31 Satz 2 gerathen kann. Und da auch die Entscheidung des ROHG. über den Beginn der Wechselverjährung sich gleichmäßig auf den letzteren Fall erstreckt (Entsch. Bd. 4 S. 344), so ist ein Zusammenhang derselben mit der gegenwärtigen Frage nicht anzuerkennen.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 26. Novbr. 1880 i. S. des Musikdirectors B. in C. w. den Creditverein in C. Deutscher Reichsanzeiger pro 1881, bes. Beil. Nr. 1.

---

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 29 Nr. 268 daselbst sub III.

230. Anwendbarkeit des § 120a der Gewerbenovelle vom 17. Juli 1878 auf Streitigkeiten über Rückgabe der von dem Gewerbegehülfen dem Principal bestellten Caution.* Präjudicialeinrede gegen die Klage des Drittbestellers der Caution.**

*Vgl. Bd. 28 Nr. 156; Bd. 29 Nr. 166, 270; Bd. 32 Nr. 79; Bd. 33 Nr. 73, 159. — **Vgl. Bd. 17 Nr. 285 mit Nachw.; auch Bd. 23 Nr. 171 mit Nachw.

Der Kläger P. H. war von dem Beklagten als Braumeister engagirt unter der Abrede, daß er 5000 ℳ Caution zu bestellen habe. Diese Caution wurde von dem Vater des Klägers A. H. bestellt. P. H. und A. H. haben nun gemeinschaftlich unter der Behauptung, daß der Beklagte den Ersteren unbefugt aus dem Dienste entlassen habe, auf Zahlung von Gehalt und Entschädigung, sowie auf Rückgabe der Caution an A. H. geklagt. Die Instanzgerichte haben die Klage als unzulässig nach dem § 120a der Novelle zur Gewerbeordnung vom 17. Juli 1878 zurückgewiesen. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Kläger wurde verworfen. Aus den Gründen:

„Unangefochten hat der 2. Richter angenommen, daß, da der Mitkläger P. H. Gewerbegehülfe des Beklagten gewesen, § 120a der Gewerbenovelle vom 17. Juli 1878 auf das zwischen ihnen bestandene Arbeitsverhältniß anwendbar ist. Angefochten ist nur die Annahme, daß die Streitigkeit über Rückgabe der durch den Arbeitsvertrag für die Ansprüche aus demselben bestellten Caution als eine unter § 120a fallende Streitigkeit erachtet ist. Dies Gesetz weist aber alle Streitigkeiten, welche sich auf die gegenseitigen Leistungen aus dem Arbeitsverhältniß beziehen, vor die dort benannten Behörden. Bei dieser sehr weiten Fassung des Gesetzes fällt unter dasselbe auch die Streitigkeit darüber, ob die Caution zurückzugeben ist. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Mitklägers P. H. ist daher unbegründet.

In Betreff des Mitklägers A. H. ist das 2. Erkenntniß nach seinen Gründen dahin zu interpretiren, daß der Anspruch nicht dem Rechtswege entzogen ist, daß aber seiner Klage auf Rückgabe der Caution die Entscheidung über den Schadensersatzanspruch des Beklagten an P. H., über welchen zur Zeit der Rechtsweg ausgeschlossen ist, vorhergehen müsse. Richtig ist, daß die Caution nur zurückgefordert werden kann, wenn feststeht, daß keine Verpflichtung mehr existirt, für welche sie haftet, und daß über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein solcher Verpflichtung nach den nicht angefochtenen Grundlagen des 2. Erkenntnisses nach § 120a a. a. O. die Entscheidung des Gerichts zur Zeit ausgeschlossen ist. Auch hier ist das gedachte Gesetz nicht verletzt. Davon, daß der Streit zwischen dem Mitkläger A. H. und dem Beklagten nicht von der Entscheidung der Gerichte durch § 120a ausgeschlossen ist, geht der 2. Richter selbst aus, verletzt in dieser Beziehung das Gesetz gleichfalls nicht."

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 5. Febr. 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Heinsdorf w. Rapp. Wck.

II. Civilproceß.

231. Unzuständigkeit der Gerichte in Streitigkeiten zwischen dem Landesherrn und den Ständen.

Vgl. Bd. 4 Nr. 82; Bd. 11 Nr. 182.

Das Gericht 1. Instanz hat die gegen den Fürsten von W. erhobene Klage als unzulässig zurückgewiesen, weil die den Gegenstand derselben bildenden Streitfragen dem öffentlichen und Verfassungsrechte angehören und daher im Wege des Civilprocesses nicht zum Austrag gebracht werden können. Die von der Klägerin hiergegen erhobene Beschwerde erscheint nicht begründet.

Der Revidentin ist zwar darin beizupflichten, daß eine Klage, welche einen Gegenstand des Privateigenthums betrifft, nicht deshalb als unzulässig zurückgewiesen werden darf, weil zur Entscheidung des Rechtsstreits die Prüfung und Entscheidung staatsrechtlicher und anderer das öffentliche Recht betreffender Fragen mit erforderlich wird. Denn wo nicht durch specielle gesetzliche Vorschriften das Gebiet der Justizsachen eingeschränkt ist, gehört es zum Begriff der Justizsachen nicht, daß der Gegenstand des Streits privatrechtlicher Natur sei, daß es sich um Verletzung eines auf einem gültigen Privatrechtstitel beruhenden Rechts handle, sondern es gehören zur gerichtlichen Cognition auch Streitigkeiten, welche auf Grundlage eines Thatbestandes des öffentlichen Rechts entstanden sind. Allein daraus folgt nicht, daß die von der Klägerin gegen Seine Durchlaucht den Fürsten erhobene Klage zulässig sei. Nach den Grundsätzen des geltenden deutschen Staatsrechts gehören in den monarchischen deutschen Staaten Streitigkeiten zwischen dem Landesherrn und den Ständen über die Auslegung und Anwendung der Verfassung und deren Verletzung nicht zur Zuständigkeit der Landesgerichte, sofern nicht die Verfassung selbst ihnen die Entscheidung dieser Streitigkeiten überwiesen hat. Letzteres ist in dem Verfassungsgesetz für die Fürstenthümer W. und P. nicht geschehen. Im vorliegenden Proceß handelt es sich aber um eine solche Streitigkeit. Denn der Streit dreht sich lediglich darum, ob und inwieweit der Fürst von W. als Landesherr nach der Verfassung der Fürstenthümer W. und P. vom 17. August 1852 und dem als integrirenden Bestandtheil derselben anzusehenden Receß vom 16. Juli 1853, die Verhältnisse des Domanialvermögens betr., befugt war, während der Dauer des Accessionsvertrages vom 18. Juli 1867 in der Art über das Domanialvermögen zu verfügen, wie geschehen, also um die verfassungsmäßigen Befugnisse des Landesherrn bei der Verwaltung des Domanialvermögens. Es handelt sich nicht, wie Revidentin ausführt, um eine gegen den Fürsten von W. als Privatperson gerichtete Klage, sondern um Abwendung der Folgen der von dem Fürsten als Landesherrn bei Verwaltung und Nutzung des Domaniums nach

Ansicht der Klägerin unrechtmäßig und in Widerspruch mit der Verfassung und dem Receß vom 16. Juli 1853 vorgenommenen, die Rechte des Landes verletzenden Handlungen. Denn die Klage beruht darauf, daß der Fürst, bzw. seine Domänenkammer mit seiner ausdrücklichen Zustimmung, indem sie die Amortisationsbeträge der R.'schen Schuld in den Jahren 1868—1877 nicht aus den laufenden Revenuen, sondern aus dem Domanialstammvermögen, insbesondere aus eingegangenen Ablösungsgeldern bestritten, in einer die bestehenden verfassungsmäßigen Normen verletzenden Weise über das Domanialvermögen verfügt habe, und die Klage bezweckt die Aufhebung der durch diese Maßregel entstandenen Benachtheiligung des Staatsvermögens. Wenngleich es im Fall der Verurtheilung des Herrn Beklagten die Folge sein würde, daß die von der Klägerin beanspruchte Summe aus seiner Privatkasse zu restituiren sein würde, so wird dadurch der klagend verfolgte Anspruch keineswegs zu einer privatrechtlichen Angelegenheit des Fürsten, die Klage nicht zu einer gegen den Fürsten als Privatperson gerichteten. Denn der Fürst hat nicht als Privatperson, sondern als Landesherr auf Grund der bestehenden Verfassung während der in Betracht kommenden Zeit die Revenuen des Domanialvermögens bezogen und in gleicher Eigenschaft verfügt, daß die Amortisationsraten der R.'schen Schuld aus dem Domanialstammvermögen bestritten werden sollen. Dadurch sind allerdings nach den damals geltenden Verfassungsnormen über die Verwaltung und Nutzung des Domanialvermögens die dem Landesherrn allein zukommenden Revenuen des Domanialvermögens erhöht worden, allein daraus folgt nicht, daß der Anspruch der Klägerin auf Ersatz dieser vermeintlich mit Unrecht bezogenen Revenuen privatrechtlicher Natur sei. Es handelt sich vielmehr wie im Jahre 1863 um einen politischen Conflict zwischen dem Landesherrn und den Ständen, um die unter beiden streitige Frage der Auslegung und Anwendung der verfassungsmäßigen Normen bezüglich des Domanialvermögens, um das Budgetrecht der Stände. Denn während der Herr Beklagte der Ansicht ist, daß die angeordnete Verwendung der in Frage stehenden Domanialstammgelder zur Amortisation der R.'schen Schuld den bestehenden Verfassungsbestimmungen entspreche, wird dieses von den Ständen bestritten. Dieser Conflict mußte sich 1863 allerdings in anderer Art entwickeln als jetzt, weil damals den Ständen verfassungsmäßig ein directer Einfluß und eine Einwirkung auf die Verwaltung des Domanialvermögens zustand, sie also bei Feststellung des Budgets ihrer Ansicht Geltung verschaffen konnten, während jetzt in Folge der Bestimmungen des Accessionsvertrages vom 18. Juli 1867 der Landesherr, bzw. seine Domänenkammer ohne ständische Mitwirkung die Verwaltung des Domanialvermögens führten.

Das Rechtsverhältniß, welches die Verfassung von 1852 und der Receß von 1853 bezüglich des Domanialvermögens geschaffen haben, ist

lediglich ein öffentlich rechtliches und ist auch dadurch nicht zu einem privatrechtlichen geworden, daß es durch Vertrag zwischen dem Landesherrn und den Ständen geregelt ist. Denn auch Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts können vertragsmäßig normirt werden. Es handelt sich nicht, wie Revidentin ausführt, um Verletzung bestehender Vertragsrechte, die vor den Gerichten zur Geltung gebracht werden können, sondern, wie erwähnt, um eine auf dem Boden des Verfassungsrechts entstandene und sich bewegende Streitigkeit.

Die von der Klägerin erhobene Revision war daher als unbegründet zu verwerfen und das angefochtene Urtheil zu bestätigen.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 15. Febr. 1881 i. S. der Landesverwaltung der Fürstenthümer P. u. W. w. die fürstlich W.'sche Domänenkammer. St.

---

232. Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung der Frage, ob der Erbe des Mitpächters einer Gemeindejagd in das Pachtverhältniß eintreten könne.

Im Jahr 1875 pachteten J. K. und Chr. R. von der Gemeinde Dorfgill und dem Markwaldvorstand zu Grüningen die Jagd in einem bestimmten Jagdbezirk jener Gemeinde bzw. in dem Markwald auf 6 Jahre mit der Bedingung solidarischer Haftbarkeit für das Pachtgeld. Am 11. November 1879 starb J. K. und verlangte nunmehr sein Sohn G. K. als Erbe und Cessionar der Miterben seines Vaters Eintritt in das Pachtverhältniß. Der Mitpächter Chr. R. protestirte jedoch dagegen, weshalb die Verpächter bei dem vorgesetzten Kreisamt beantragten, entweder die Annahme des G. K. als Mitpächter zu genehmigen oder auf Grund des § 17 des Jagdverpachtungsprotocolls die Verpachtung als erloschen zu erklären. Das Kreisamt erließ darauf folgende Verfügung:

„Die in § 17 des Jagdverpachtungsprotocolls der Gemeinde gegebene Befugniß: wenn dies für gut befunden wird, im Falle des Ablebens eines Pächters die Verpachtung als erloschen zu erklären, kann nur auf den Fall Anwendung finden, wenn der Verstorbene alleiniger Pächter war. — Da der noch vorhandene Jagdpächter Chr. R., welcher erklärt hat, mit der Annahme des G. K. als Pachttheilhaber nicht einverstanden zu sein, sondern die Pachtung als nunmehr alleiniger Pächter fortsetzen zu wollen, hierzu berechtigt ist, so kann die Bestimmung des § 17 keine Anwendung finden. Zudem ist derselbe notorisch ein wohlstehender Mann und kann die Markkasse deshalb keinen Schaden erleiden. Wir können hiernach weder Ihrem Antrag auf Genehmigung zur Annahme des G. K. als Jagdtheilhaber, noch dem weiteren Antrag auf Auflösung des Jagdpachtes stattgeben, und würde auch unsere Genehmigung das Recht des Pächters in keiner Weise alteriren können."

G. K. erhob darauf zur Entscheidung der civilrechtlichen Frage, ob Chr. R. den Erben seines Mitpächters an der Ausübung der Jagd verhindern könne, eine Feststellungsklage mit dem Antrag: auszusprechen, daß Kläger trotz des Widerspruchs des Beklagten berechtigt sei, in die beiden Jagdpachtverträge als Erbe seines Vaters in dessen Stelle einzutreten.

Beklagter schützte zunächst die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs vor, indem er ausführte, es handle sich bei der Frage, ob Kläger als ein von den betreffenden Staatsorganen zu schützender Jagdtheilhaber von dem Beklagten anzuerkennen sei, um eine Verwaltungssache, welche nicht zur Competenz der Gerichte gehöre. Nachdem das Kreisamt entschieden habe, daß der Eintritt des Klägers in das Jagdpachtverhältniß unstatthaft sei, könne derselbe im Wege der Civilklage nicht ein etwaiges entgegengesetztes Urtheil erwirken wollen. Diese Einrede wurde vom LG. als unbegründet verworfen; Berufung und Revision blieben erfolglos. Die Gründe des OLG. (Darmstadt) lauten:

„Es muß aus einander gehalten werden das Recht des Klägers, als Erbe des verstorbenen Mitpächters der Jagd dem Beklagten, als einem weiteren Mitpächter, gegenüber Eintritt in das Pachtverhältniß als Rechtsnachfolger seines Vaters verlangen zu können, von der Genehmigung, welche die Verwaltungsbehörde nach dem Gesetz vom 26. Juli 1848 und den Pachtbedingungen zu dem Eintritt des Klägers in die Jagdpacht zu ertheilen hat. Das Recht des Klägers, dem Beklagten gegenüber als Rechtsnachfolger seines Vaters das demselben zustehende Recht aus dem Jagdpachtvertrag fortsetzen zu dürfen, ist rein privatrechtlicher Natur und hierüber bei dem Widerspruch des Beklagten von dem zuständigen Civilgericht zu entscheiden. Bevor dieses Recht des Klägers von dem Gericht demselben zuerkannt und Beklagter zu dessen Anerkenntniß schuldig erkannt worden ist, kann die Verwaltungsbehörde den Eintritt des Klägers in den Jagdpachtvertrag nicht gestatten, und weiter hat auch die Verfügung des Kreisamts nichts ausgesprochen. Das Kreisamt hat nur gesagt, daß es bei dem Widerspruch des Beklagten gegen den Eintritt desselben in die Jagdpacht dessen Annahme als Mitpächter nicht genehmigen und auch das Pachtverhältniß nicht als durch den Tod eines Mitpächters als erloschen ansehen könne, weil der § 17 der Jagdpachtbedingungen sich nur auf den Fall beziehe, wo nur ein Jagdpächter vorhanden sei, der mit Tod abgehe. Dagegen hat es den Fall, daß das Recht des Klägers, als Rechtsnachfolger seines Vaters in die Jagdpacht eintreten zu dürfen, vom Gericht gegen den Widerspruch des Beklagten anerkannt werde, in seiner Verfügung garnicht berührt, weil dieser Fall noch nicht vorlag. Erst wenn dies Recht anerkannt ist, wird die Verwaltungsbehörde zu prüfen haben, ob gesetzliche Gründe vorliegen, dem Kläger den Eintrit in das Jagdpachtverhältniß zu versagen, und nur insoweit ist die Verwaltungsbehörde zur Ertheilung der Genehmigung des Eintritts des Klägers in das Pachtverhältniß competent. Vorerst ist aber lediglich das Gericht competent, den Streit zwischen dem Kläger und dem Beklagten über das vom Kläger angesprochene Recht, den Pachtvertrag seines verstorbenen Vaters als dessen Rechtsnachfolger fortsetzen zu dürfen, zu entscheiden."

Das Reichsgericht billigte diese Gründe mit dem Anfügen:

„Hätte jedoch wirklich das Kreisamt in dem Erlaß von 29. December 1879 darüber entschieden, daß dem Kläger kein civilrechtlicher Anspruch auf Aufnahme in die Jagdgemeinschaft zustehe, so würde ein solcher Ausspruch von den Gerichten überall nicht zu beachten sein, da die Verwaltungsbehörde nicht zuständig war, in dieses Privatrechtsverhältniß irgendwie einzugreifen."

Urtheil des OLG. zu Darmstadt v. 12. Juli 1880 und des Reichsgerichts v. 16. Novbr. 1880 i. S. Kuhl w. Roth. St—r.

---

233. Gerichtsstand der à la suite gestellten und beurlaubten Offiziere.

Daß eine Militärperson in Ansehung des Gerichtsstandes ihren Wohnsitz am Garnisonorte hat — § 14 der CPO., §§ 38, 56 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874 —, das leugnet der Berufungsrichter nicht. Der Begriff von „Militärpersonen" ist im Gesetz bestimmt, auch festgestellt, welche Militärpersonen zum „activen Heer" gehören, und angeordnet, daß Offiziere, als Militärpersonen, zum activen Heer gehören vom Tage ihrer Anstellung bis zum Zeitpunct ihrer Entlassung (Militär-Strafgesetzbuch vom 20. Juni 1872 § 4 und Anl. zu demselben; Reichs-Militärgesetz vom 2. Mai 1874 §§ 38, 56). Allein alle diese Vorschriften und Bestimmungen geben keine Aufklärung darüber, welchen Sinn und welche Bedeutung die Stellung eines Offiziers à la suite des Regiments hat, wie sie durch die Allerh. Cabinetsordre vom 12. Juni 1880 in Ansehung des Ehegatten der Beklagten ausgesprochen ist. Der Berufungsrichter stellt nun aber den Sinn jener militärischen Maßregel auf Grund der behördlichen Auskunft des Regimentscommandos dahin fest, daß der davon Betroffene weder Dienste thut, noch Gehaltscompetenzen bezieht und in der Wahl seines Wohnsitzes keinen Beschränkungen unterworfen ist. Das Letztere — also das Recht der freien Wahl des Wohnsitzes — genügt, um den Ehegatten der Beklagten zu ermächtigen, den bis zur Stellung à la suite des Regiments am Garnisonort Berlin innegehabten Wohnsitz aufzugeben und einen neuen Wohnsitz in Ch. zu wählen. Eine Verletzung der allegirten gesetzlichen Vorschriften liegt bei der Auslegung, welche der Allerh. Cabinetsordre und der darin ausgesprochenen Stellung à la suite gegeben wird, nicht vor, da diese militärische Maßregel mit jenen Vorschriften nicht im Widerspruch steht und in sich durch Gesetz nicht geregelt ist.

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 16. März 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Fränkel w. Radziwill. Wck.

Beklagter schützte zunächst die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs vor, indem er ausführte, es handle sich bei der Frage, ob Kläger als ein von den betreffenden Staatsorganen zu schützender Jagdtheilhaber von dem Beklagten anzuerkennen sei, um eine Verwaltungssache, welche nicht zur Competenz der Gerichte gehöre. Nachdem das Kreisamt entschieden habe, daß der Eintritt des Klägers in das Jagdpachtverhältniß unstatthaft sei, könne derselbe im Wege der Civilklage nicht ein etwaiges entgegengesetztes Urtheil erwirken wollen. Diese Einrede wurde vom LG. als unbegründet verworfen; Berufung und Revision blieben erfolglos. Die Gründe des OLG. (Darmstadt) lauten:

„Es muß aus einander gehalten werden das Recht des Klägers, als Erbe des verstorbenen Mitpächters der Jagd dem Beklagten, als einem weiteren Mitpächter, gegenüber Eintritt in das Pachtverhältniß als Rechtsnachfolger seines Vaters verlangen zu können, von der Genehmigung, welche die Verwaltungsbehörde nach dem Gesetz vom 26. Juli 1848 und den Pachtbedingungen zu dem Eintritt des Klägers in die Jagdpacht zu ertheilen hat. Das Recht des Klägers, dem Beklagten gegenüber als Rechtsnachfolger seines Vaters das demselben zustehende Recht aus dem Jagdpachtvertrag fortsetzen zu dürfen, ist rein privatrechtlicher Natur und hierüber bei dem Widerspruch des Beklagten von dem zuständigen Civilgericht zu entscheiden. Bevor dieses Recht des Klägers von dem Gericht demselben zuerkannt und Beklagter zu dessen Anerkenntniß schuldig erkannt worden ist, kann die Verwaltungsbehörde den Eintritt des Klägers in den Jagdpachtvertrag nicht gestatten, und weiter hat auch die Verfügung des Kreisamts nichts ausgesprochen. Das Kreisamt hat nur gesagt, daß es bei dem Widerspruch des Beklagten gegen den Eintritt desselben in die Jagdpacht dessen Annahme als Mitpächter nicht genehmigen und auch das Pachtverhältniß nicht als durch den Tod eines Mitpächters als erloschen ansehen könne, weil der § 17 der Jagdpachtbedingungen sich nur auf den Fall beziehe, wo nur ein Jagdpächter vorhanden sei, der mit Tod abgehe. Dagegen hat es den Fall, daß das Recht des Klägers, als Rechtsnachfolger seines Vaters in die Jagdpacht eintreten zu dürfen, vom Gericht gegen den Widerspruch des Beklagten anerkannt werde, in seiner Verfügung garnicht berührt, weil dieser Fall noch nicht vorlag. Erst wenn dies Recht anerkannt ist, wird die Verwaltungsbehörde zu prüfen haben, ob gesetzliche Gründe vorliegen, dem Kläger den Eintrit in das Jagdpachtverhältniß zu versagen, und nur insoweit ist die Verwaltungsbehörde zur Ertheilung der Genehmigung des Eintritts des Klägers in das Pachtverhältniß competent. Vorerst ist aber lediglich das Gericht competent, den Streit zwischen dem Kläger und dem Beklagten über das vom Kläger angesprochene Recht, den Pachtvertrag seines verstorbenen Vaters als dessen Rechtsnachfolger fortsetzen zu dürfen, zu entscheiden."

und Inhalt der Klage. In einigen Fällen entscheidet allerdings schon die Eigenschaft und die Begründung der Klage über den Gerichtsstand. So ist beispielsweise die auf Erfüllung eines Vertrages gerichtete Klage vor dem Gericht des Orts zuzulassen, an welchem nach dem Anführen des Klägers der Vertrag zu erfüllen wäre, sollten auch die Unterlagen der Klagbitte noch unerwiesen sein (vgl. Wetzell System des ordentlichen CP. 3. Aufl. § 70 S. 943). Anders verhält es sich mit dem in § 24 der CPO. geregelten Gerichtsstand. Für diesen ist die Beschaffenheit der Klage nicht allein maßgebend, sondern es müssen noch andere, zur Klagbegründung an sich nicht erforderliche Thatsachen hinzutreten und dieselben müssen bewiesen werden, ehe es zur eigentlichen Streitverhandlung kommen kann. Eine derartige Thatsache ist das Vorfinden von Vermögen des Beklagten im Gerichtsbezirk.

In dem vorliegenden Rechtsstreit wird nun aber der Kläger von seiner Beweispflicht dadurch nicht befreit, daß dem Beklagten sowohl nach dem noch bestrittenen Klagvorbringen, als nach seinen eigenen Angaben über den Sachstand der Besitz von Vermögen in der Stadt L. zuzuschreiben wäre. Die Sachdarstellung des Beklagten hätte vielleicht in der Beurtheilung der Zuständigkeitseinrede gegen ihn benutzt werden können, wenn sich daraus keine weiteren Folgen zum Nachtheil des Klägers ergäben. Das ist indessen nicht der Fall. Was der Beklagte zur Hauptsache anführt, verträgt sich schlechthin nicht mit der Aufrechthaltung der Klage, kann also nicht den Gerichtsstand für diese Klage begründen. Denn bestände der Vermögensbesitz des Beklagten aus der Kaufpreisforderung für den Wein, dann würde die Sache so liegen, daß der Kläger den Wein (sei es seiner Fehlerfreiheit wegen, sei es wegen verspäteter Mängelanzeige) als vertragsmäßige Waare anerkennen müßte; und alsdann wäre er natürlich nicht befugt, dem Beklagten die jetzt eingeklagten Ersatzleistungen abzufordern, welche den gegentheiligen Sachverhalt, die Vertragswidrigkeit und die rechtzeitige Bemängelung der Waare, zur Voraussetzung haben. Der Kläger geräth demnach in einen unlösbaren Widerspruch, insofern er einerseits, um die Klage zu begründen, das Recht zur Zurückweisung der Waare, andrerseits, um die Zuständigkeitseinrede zu entkräften, eine Forderung des Beklagten für sich geltend macht, vermöge deren er zur Annahme und Bezahlung der Waare verpflichtet sein würde. Das erscheint offenbar unstatthaft. Denkbar ist nur einer von beiden Rechtszuständen; und gerade deshalb können die processualen Vortheile, welche der eine bieten würde, dem Kläger nicht für Ansprüche zu Statten kommen, die er dem andern Rechtszustande entnimmt. Sonach durfte nicht unerörtert bleiben, welche von den einander entgegenlaufenden Parteibehauptungen der Wahrheit entspricht. Vielmehr kommt es darauf an, daß der Kläger seine Behauptungen darthut, wenn er die erhobenen Ansprüche gemäß § 24 der CPO. vor dem Landgericht L. zu verfolgen gedenkt.

234. Gerichtsstand des Vermögens (§ 24 der CPO.). Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29 der CPO.); Bedeutung der dort erwähnten „streitigen Verpflichtung".

Der Zusammenhang des Grundes einer proceßhindernden Einrede (der Einrede des unzuständigen Gerichts) mit der Beurtheilung der Hauptsache schließt nicht die besondere Verhandlung und Entscheidung dieser Einrede aus.*

*Vgl. Bd. 5 Nr. 227.

Kläger hat von dem Beklagten, dessen Handelsniederlassung in Ungarn ist, 10 käuflich bestellte Stückfässer Wein zugesandt erhalten, welche er rechtzeitig untersucht und als probewidrig befunden dem Beklagten zur Disposition gestellt haben will. Weil angeblich die großen Transportgebinde nicht in seinen Keller gingen, hat Kläger den Wein in seine Fässer umfüllen lassen. Er beansprucht nun vom Beklagten Rückerstattung der verlegten Fracht und sonstigen Auslagen, sowie Entschädigung für das Lagern und Auffüllen des Weins. Die Klage ist auf Grund des § 24 der CPO. beim Landgericht am Domicil des Klägers zu L. angestellt. — Der Beklagte hat die Einrede des unzuständigen Gerichts vorgeschützt und die Verhandlung zur Hauptsache verweigert.

Die 1. Instanz wies die Klage ab: der Wein sei durch das Umfüllen Eigenthum des Klägers geworden, also nicht mehr im Vermögen des Beklagten; zwar könnte Beklagter wieder Eigenthümer geworden sein, falls der Wein mit Recht zur Disposition gestellt wäre, dies sei aber zur Hauptsache streitig und könne, ohne das Recht des Beklagten auf Ablehnung der Verhandlung zur Hauptsache zu beeinträchtigen, hier nicht verhandelt werden.

Die 2. Instanz verwarf die Einrede, weil Beklagter im deutschen Reich keinen Wohnsitz habe, dagegen jedenfalls Vermögen im Gerichtsbezirk besitze, nämlich den Wein oder eine Forderung auf Rücklieferung desselben, wenn die Sachdarstellung des Klägers richtig wäre, und eine Forderung auf den Kaufpreis, wenn des Beklagten Darstellung auf Wahrheit beruhe.

Höchstrichterlich wurde Folgendes ausgeführt:

„Wenn § 24 der CPO. verstattet, vermögensrechtliche Ansprüche gegen Personen, welche im deutschen Reich keinen Wohnsitz haben, vor dem Gericht einzuklagen, in dessen Bezirk sich Vermögen derselben befindet, so ist eben dieser Umstand, das Vorhandensein von Vermögen des Beklagten im Gerichtssprengel, wesentliche Vorbedingung für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, also wie jede andere die Zuständigkeit bestimmende Thatsache, wenn nöthig, vom Kläger zu erweisen. Eine solche Beweisführung fällt auch gegenwärtig dem Kläger zu, wenn er die Zuständigkeit des Proceßrichters aus § 24 der CPO. ableiten will. Der Beklagte hat die Zuständigkeit bestritten, und sie ergiebt sich nicht bereits aus dem Zwe

würde als der für die Zuständigkeit des Gerichts maßgebende Erfüllungsort im Zweifel nicht die Handelsniederlassung des Klägers, sondern die des Beklagten zu gelten haben. Das Gesetz erklärt für drei Classen von Klagen als zuständig „das Gericht des Orts, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist"; und unter „streitiger Verpflichtung" kann bei den an dritter Stelle erwähnten Entschädigungsklagen nichts Anderes verstanden werden als bei den an erster und zweiter Stelle genannten Klagen (auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen). Gemeint ist in allen drei Fällen der Vertrag, um den es sich handelt. Der Schlußsatz des § 29 lautete auch im Gesetzentwurf dahin: „wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist". Bei den Commissionsberathungen (Protocolle S. 10 ff. u. 508) wurden nur die Worte „von dem Beklagten" gestrichen und die Worte „der Vertrag" mit den Worten „streitige Verpflichtung" vertauscht, ohne daß zu ersehen wäre, welche Erwägungen die letztere Abänderung veranlaßt haben. Gegenwärtigen Falls würde mithin als die streitige Verpflichtung nicht etwa die Obliegenheit zu der eingeklagten Geldersatzleistung, vielmehr diejenige Vertragspflicht anzusehen sein, für deren Nichterfüllung der Kläger Ersatz begehrt: die Pflicht des Beklagten zur Lieferung vertragsmäßiger Waare; und diese Pflicht hatte er am Ort seiner Handelsniederlassung zu erfüllen (Art. 324, 342 des HGB.), dafern nicht aus besonderen Umständen hervorging, daß nach der Absicht der Vertragschließenden in L. erfüllt werden sollte. Derartige Umstände hat der Kläger bisher nicht angeführt. Sie künftig noch geltend zu machen ist ihm selbstverständlich unbenommen. . . .

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 25. Jan. 1881 in einer sächs. Sache. Deutscher Reichsanzeiger pro 1881, bes. Beil. Nr. 3 S. 5.

---

235. Der Gerichtsstand der Erbschaft bei Klagen aus Vermächtnissen gilt auch für die Erben des Beschwerten.

Die Civilproceßordnung hat für Klagen, welche Ansprüche aus Vermächtnissen betreffen, den Gerichtsstand der Erbschaft schlechthin zugelassen, ohne Bestimmung der Person des Beklagten. Nur der Grund und der Gegenstand der Klage entscheidet. Demnach hat Jeder, der auf Grund letztwilliger Verfügung wegen Gewährung eines Vermächtnisses angesprochen wird, es mag nun der Beschwerte selbst oder der Erbe des Beschwerten sein, in dem letzten allgemeinen Gerichtsstande der Person Recht zu geben, von welcher die den Klaggrund ausmachende Verfügung herrührt. Die Erben des Beschwerten treten ganz an dessen Stelle, müssen sich daher dem Gerichtsstande unterwerfen, dem hinsichtlich des gleichen Anspruchs der Beschwerte unterworfen gewesen wäre.

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 15. Octbr. 1880 in einer sächs. Sache. Fenner u. Mecke Archiv Bd. 2 S. 12.

236. Die Eintreibung einer, wie dem Wechselgläubiger bekannt, der materiellen Grundlage entbehrenden Wechselforderung begründet die condictio furtiva und damit den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung* nach § 32 der CPO. — Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29 der CPO.) findet keine Anwendung auf Quasicontracte.**

*Vgl. Bd. 24 Nr. 84 mit Nachw. — **Vgl. Bd. 34 Nr. 72 mit Nachw.

In der gegen die (größtentheils) im Preußischen domicilirenden B.'schen Erben bei dem LG. Braunschweig erhobenen Klage war vorgetragen: Am 15. Juli 1877 habe Kläger zu Hornburg im preußischen Amtsgerichtsbezirk Osterwiek einen schriftlichen Kaufvertrag mit dem Erblasser der Beklagten über dessen im Braunschweigischen belegenen Kothof abgeschlossen. Als Vorleistung auf den Kaufpreis habe Kläger demnächst einen Wechsel über 1800 ℳ ausgestellt, welcher durch den Erblasser der Beklagten bei dem früheren Kreisgericht Wolfenbüttel im Wechselproceß eingeklagt sei. Diese vom Kläger zwangsweise beigetriebene Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten werde nunmehr von den Erben des B. zurückgefordert. Zur Begründung berufe Kläger sich darauf, daß der verstorbene Verkäufer trotz ergangener Aufforderung die übernommenen Verbindlichkeiten nicht erfüllt, insbesondere die Verlautbarung des Kaufvertrags vor Gericht nicht vollzogen, vielmehr eigenmächtig anderweit über das Kaufobject verfügt habe; indem derselbe gleichwohl, ungeachtet des Widerspruchs des Wechselbeklagten gegen das Bestehen eines materiellen Verpflichtungsgrundes und des Vorbehalts der Zurückforderung der Nichtschuld, in einem besonderen Verfahren die Wechselforderung im Proceßwege verfolgte, habe er sich nicht nur auf ungerechtfertigte Weise bereichert, sondern geradezu eines Betrugs schuldig gemacht.

Sowohl in 1. als 2. Instanz wurde diese Klage wegen Unzuständigkeit des angegangenen LG. Braunschweig verworfen. Das Reichsgericht nahm dagegen, indem es die Berufung auf den § 29 der CPO. verwarf, die Competenz dieses Gerichts auf Grund des § 32 das. an. Aus den Gründen ist hervorzuheben:

„Den Vorinstanzen ist darin beizutreten, daß der Gerichtsstand des Vertrags im Sinne des § 29 der CPO. nicht gegeben sei. An sich hat derjenige Contrahent, welcher bei einem zweiseitigen Vertrage vorleistet, keinen Anspruch auf Rückerstattung, wenn die erwartete Gegenleistung ausbleibt, vielmehr regelmäßig nur die Contractsklage auf Erfüllung. Das Berufungsgericht erwägt jedoch, daß der hier streitige Kaufvertrag, weil nicht in gesetzlicher Form geschlossen, nicht zur Vollendung gelangt sei. Nach dem braunschw. Landesgesetz vom 19. März 1850 Nr. 22[1] dürfen Verträge über Immobilien, um einen rechtsgültigen persönlichen

[1]) S. jetzt § 74 des braunschw. Eigenthumserwerbsgesetzes v. 8. März 1878 Nr. 1.

Inspruch im Wege der Klage oder Einrede zu erzeugen, der Verlautbarung
or Gericht oder Notar, und es zieht nach der Rechtsprechung der braun-
chweigischen Gerichte die in der Erwartung solcher Verlautbarung geleistete
Zahlung keinerlei Contractsklage, sei es auf die vom Mitcontrahenten ver-
eißene Gegenleistung, sei es auf Entschädigung, nach sich (braunschw. Zeit-
chrift für Rechtspflege Bd. 25 S. 204). Aus jener mit dem Rechtsmittel
er Revision nicht anfechtbaren Feststellung des Berufungsurtheils folgt,
aß die Zuständigkeit des LG. Braunschweig nicht darauf gestützt werden
ann, daß der Erblasser der Beklagten dem Kläger wegen Nichtgewährung
es Kothhofs zur Schadloshaltung verpflichtet sei und diese Ent-
chädigung zum Mindesten in der Rückerstattung der beigetriebenen Wechsel-
umme nebst Zinsen und Kosten bestehe, daß vielmehr dem Kläger zunächst
ur die Rückforderungsklage (condictio sine causa oder causa data
ausa non secuta) in Ansehung des ohne Rechtsgrund oder unter einer
icht eingetretenen Voraussetzung Gezahlten nach den Grundsätzen des
emeinen Rechts zusteht. Dieser Anspruch aus der ungerechtfertigten Be-
eicherung der Beklagten gehört aber zu den Forderungen aus vertrags-
hnlichen Gründen, und auf solche Quasicontracte erstreckt sich der § 29
er CPO. nach seinem klaren Wortlaute nicht. Ueberdies läßt sich nicht
inmal behaupten, daß der Erfüllungsort für diese streitige Ver-
flichtung am Ort des Vorprocesses oder am Wohnsitz des Rückforderungs-
erechtigten sei. Es erhebt daher auch nichts zur Sache, daß gemeinrechtlich
i Fällen der vorliegenden Art die Conctractsklage auf Rückerstattung
es Geleisteten mit der Condiction concurrirt. . . .

Dagegen erscheint der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung
ach § 32 der CPO. begründet. Derselbe findet nicht nur bei allen Civil-
agen aus strafbaren Handlungen, sondern auch bei allen Klagen aus
ivilrechtlichen Delicten und Quasidelicten statt, sofern nicht bloß eine schuld-
olle Verletzung vertragsmäßiger Verbindlichkeiten in Frage kommt.

Nach dem Thatbestande hat sich der Kläger im Wesentlichen darauf
ezogen, daß der Erblasser der Beklagten die formelle Verpflichtung des
lägers aus der Wechselbegebung materiell widerrechtlich und im
ewußtsein, daß ihm aus dem unterliegenden Rechtsverhältniß ein
ivilrechtlich verfolgbarer Anspruch nicht zustehe, zur gerichtlichen Bei-
eibung der streitigen 1800 M. benutzt habe. Die Einrede, daß dem der
echselobligation unterliegenden Rechtsverhältniß die Klagbarkeit entzogen
i, hätte der Revisionskläger als exceptio doli nach Art. 82 der WO. im
orproceß mit Erfolg der Wechselklage entgegensetzen können, wenn er im
tande gewesen wäre, solche in Gemäßheit des § 258 der braunschw. CPO.
kundlich liquid zu stellen. Denn diese Einrede gründete sich auf den
echselschluß selber und stand dem Wechselbeklagten unmittelbar gegen
n Remittenten und Wechselkläger zu. Bei der provisorischen Natur des

im summarischen Wechselproceß ergangenen verurtheilenden Erkenntnisses kann nunmehr der frühere Wechselbeklagte auch ohne besonderen Vorbehalt seiner Rechtsbehelfe in jenem Urtheile die Rückerstattung der zwangsweise beigetriebenen Wechselzahlung im Wege des ordentlichen Processes durch besondere Klage fordern (vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 19 S. 111). Unzweifelhaft handelte sodann der Erblasser der Beklagten arglistig, wenn er im Bewußtsein, daß ihm materiell ein Anspruch auf Zahlung eines Kaufpreises zustehe, den ihm als Vorleistung zur theilweisen Deckung des Kaufpreises behändigten Wechsel, anstatt solchen zurückzugeben, einklagte, und er bereicherte sich durch Einziehung des Wechselbetrags widerrechtlich zum Schaden des Klägers (vgl. die cit. Entsch. Bd. 25 S. 300). Ob nun unter solchen Umständen die besondere Klage wegen Arglist — actio doli im eigentlichen Sinn — gegeben sei, kann dahingestellt bleiben. Denn unbedenklich ist die erhobene Klage unter dem Gesichtspunct einer Klage auf Herausgabe der durch bewußte widerrechtliche Aneignung entstandenen Bereicherung — condictio furtiva — für begründet zu erachten. Das gemeine Recht giebt schon bei einer im Bewußtsein der Nichtberechtigung in Empfang genommenen Zahlung mit Rücksicht auf die hierin von selbst liegende gewinnsüchtige Absicht des Zahlungsempfängers die Condiction wegen Entwendung (furtum):

fr. 18 de condict. furt. 13. 1; fr. 38 § 1 de solut. 46. 3; fr 21 § 1 de furt. 47. 2, fr. 14 de cond. causa dat. 12. 4.

Dieser Anspruch geht auf vollen Schadenersatz auch gegen die Erben des Verpflichteten und erscheint wesentlich als ein Delictsanspruch:

fr. 4 de cond. furt. 13. 1; const. 1 de cond. furt. 4. 8; Windscheid Pand. § 425 u. 426 N. 16, § 359 N. 18; vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 22 S. 296 ff.; Heusler Annalen für Rechtspflege ꝛc. Bd. 5 S. 22 ff.

Gegen die Statthaftigkeit der Delictsklage kann nicht eingewandt werden, daß der Kläger nach seiner eigenen Behauptung bei der Befriedigung des Wechselgläubigers sich nicht im Irrthum befunden habe. Zwar darf derjenige nicht zurückfordern, welcher wissentlich eine Nichtschuld zahlte. Allein diese Regel erleidet eine Ausnahme, wenn, wie hier, der Condicirende in Folge eines im Wechselproceß ergangenen rechtskräftigen Erkenntnisses zu zahlen gezwungen wird und zudem nur unter Vorbehalt seiner Rechte den Wechselgläubiger befriedigt.

Die Frage endlich, welcher Bezirk als derjenige der begangenen unerlaubten Handlung anzusehen sei: der, innerhalb dessen die Handlung vorgenommen wurde, oder der, wo der schadende und den Gegenstand der Klage bildende Erfolg eingetreten ist, hat für den vorliegenden Rechtsstreit keine praktische Bedeutung, da Beides in dem Bezirke des angerufenen Gerichts zusammentrifft, insofern der Erblasser der Beklagten dort die der materiellen Grundlage entbehrende Wechselobligation zur Geltung brachte.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 26. Octbr. 1880 in der braunschw. Sache Homann w. Vorhauer Erben wegen Rückgabe von Geld. D.

237. Wann ist die Aussetzung des Verfahrens nach § 139 der CPO. gerechtfertigt?

Die Entscheidung des OLG., welche den Beschluß des LG. zu W., daß die Verhandlung der Sache auf Grund des § 139 der CPO. bis zur Erledigung des unter den Parteien anhängigen Rechtsstreits auszusetzen sei, aufhebt, ist zu billigen.

Das Gericht hat nicht, wie der Beschwerdeführer anzunehmen scheint, die Befugniß, die Verhandlung eines Rechtsstreits aus Zweckmäßigkeitsrücksichten bis zur Erledigung eines anderen unter den Parteien anhängigen Rechtsstreits auszusetzen, sondern darf eine Aussetzung des Verfahrens nur in den Fällen verfügen, in welchen sie durch die Vorschriften der CPO. oder anderer Gesetze zugelassen ist. Im vorliegenden Fall kann nur in Frage kommen, ob auf Grund der Bestimmungen in § 139 der CPO. eine Aussetzung des Verfahrens statthaft war? und diese Frage ist zu verneinen.

Nach § 139 kann das Gericht die Verhandlung bis zur Erledigung eines anderen anhängigen Rechtsstreits aussetzen, „wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand dieses anderen anhängigen Rechtsstreits bildet". Diese Voraussetzung würde zwar gegeben sein, wenn in dem bereits anhängigen Proceß über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Obligationsverhältnisses, welches den Klaggrund des auszusetzenden Rechtsstreits bildet oder für diesen präjudiciell ist, in einer der Rechtskraft fähigen Weise materiell entschieden werden müßte. Allein neben dieser Voraussetzung ist für die Anwendbarkeit des § 139 wesentlich, daß in beiden Processen nicht derselbe Streitgegenstand vorliegt, beide vielmehr verschiedene Ansprüche zum Gegenstand haben, daß das Verhältniß beider Processe also nicht ein solches ist, daß aus der Anhängigkeit des Anspruchs die Einrede der Rechtshängigkeit in dem zweiten Proceß entstehen würde. Behauptet, wie im vorliegenden Fall, der Beklagte, der in dem zweiten Rechtsstreite geltend gemachte Anspruch sei bereits in einem noch anhängigen Proceß vom Kläger erhoben worden, und setzt, gestützt auf die §§ 247, 248 der CPO. der zweiten Klage die Einrede der Rechtshängigkeit als proceßhindernde entgegen, mit der Weigerung der Verhandlung zur Hauptsache und dem Antrage besonderer Verhandlung über die Einrede, so muß das Gericht über diese Einrede in Gemäßheit der Vorschrift in § 248 der CPO. durch Urtheil, nach vorgängiger Verhandlung, entscheiden, und ist nicht befugt, auf Grund des § 139 die Verhandlung auszusetzen. Denn diese Verfügung setzt voraus, daß die Behauptung des Beklagten, in dem früheren, noch anhängigen Proceß sei der jetzt eingeklagte Anspruch geltend gemacht, unrichtig sei. Hierüber kann aber nur nach vorgängiger Verhandlung entschieden, und es kann die Einrede des

Beklagten nicht dadurch beseitigt werden, daß das Gericht die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen anhängigen Rechtsstreits aussetzt. Wäre daher auch im vorliegenden Fall — was dahingestellt bleiben kann — das in § 139 vorausgesetzte präjudicielle Verhältniß der beiden Processe zu einander gegeben, so würde die Aussetzung des Verfahrens doch bei Lage der Sache unzulässig gewesen sein, und war daher der principale Antrag des Klägers auf Wiederherstellung des Beschlusses des LG. als unbegründet zurückzuweisen.

Beschluß des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 11. Febr. 1881 i. S. David w. preuß. Fiscus. St.

---

238. Bedeutung der Berichtigung des Thatbestands nach § 291 der CPO.

Das OLG. geht mit Recht davon aus, daß, nachdem im Thatbestand des erstinstanzlichen Urtheils festgestellt worden, daß die Parteien darüber einverstanden gewesen seien, daß der Hauptschuldner G. dem Kläger vor dem 10. October 1879 aus dem zwischen beiden bestandenen Contocurrentverhältniß 20253 ℳ excl. Zinsen verschuldete, der Beklagte mit dem in der Berufungsinstanz erhobenen Einwand, daß dieses vom 1. Richter angenommene Einverständniß nicht vorhanden gewesen sei, nicht gehört werden könne, nachdem er es unterlassen, das ihm zur Beseitigung des durch den Thatbestand über das Parteivorbringen erbrachten Beweises nach § 291 der CPO. allein zustehenden Mittels der Berichtigung des Thatbestandes zu benutzen. Worauf jene Feststellung beruht, ob Beklagter ausdrücklich bei der mündlichen Verhandlung jene vom Kläger behauptete Thatsache zugestanden, oder ob das Gericht 1. Instanz die Feststellung auf Grund der von dem Beklagten abgegebenen Erklärungen gemacht hat, erscheint für die hier zu entscheidende Frage gleichgültig. Denn der Thatbestand liefert nach § 285 der CPO. über das für die Entscheidung allein maßgebende mündliche Vorbringen der Parteien Beweis, welcher nur durch das Sitzungsprotocoll entkräftet werden kann. Das Sitzungsprotocoll enthält aber nichts zu einem solchen Gegenbeweise Geeignetes. Es besagt nur, daß die Parteien ihre Anträge aus den Schriftsätzen verlesen, das Streitverhältniß vorgetragen und zur Sache verhandelt haben. Daß Beklagter alles dasjenige, was in seinem vorbereitenden Schriftsatz enthalten, bei der mündlichen Verhandlung vorgetragen habe und nur dieses, steht also nicht fest. Wollte er sich gegen die Feststellung seines Zugeständnisses über die Höhe der Schuld des G. schützen, so hatte er nur das durch § 291 der CPO. gewährte Mittel der Berichtigung des Thatbestandes. . . .

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 5. Octbr. 1880 in einer hannov. Sache. Fenner u. Mecke Archiv Bd. 2 S. 32.

---

239. Zulässigkeit eines nach der Verkündung aber vor Zustellung des Versäumungsurtheils eingelegten Einspruchs.

Der § 303 der CPO. gewährt einer Partei schlechthin den Einspruch gegen das wider sie erlassene Versäumnißurtheil. In § 304 ist zwar für die Einlegung des Einspruchs eine Nothfrist festgesetzt und deren Beginn von der Zustellung des Urtheils abhängig gemacht. Allein damit ist nur das Recht auf den Einspruch in der Weise beschränkt, daß dessen Ausübung nach Ablauf der gesetzten Frist nicht mehr zulässig sein soll. Denn die Festsetzung einer Frist für eine Proceßhandlung hat zwar zur nothwendigen Folge deren Ausschließung nach abgelaufener Frist, nicht aber hat sie gleichzeitig immer auch die Bedeutung, daß der betreffende Proceßact ausschließlich nur innerhalb der Zeitfrist vorgenommen werden könnte und dürfte. Dies ist denn auch der nicht undeutlich ausgedrückte Standpunct des Gesetzes. Wenn nämlich die CPO. davon ausginge, daß die Festsetzung einer Nothfrist von selbst und ohne Weiteres die Vornahme der Proceßhandlung vor dem Beginn der Frist rechtlich unmöglich mache, so hätte sie sich nicht veranlaßt sehen können, bezüglich der Berufungs- und Revisionsfrist in den §§ 477 und 514 besonders zu bestimmen, daß die Einlegung dieser Rechtsmittel vor Zustellung des Urtheils unwirksam sei. Indem aber die CPO. diese besondere Bestimmung bezüglich der Berufung und Revision getroffen hat, bezüglich des Einspruchs aber nicht, ist zu folgern, daß sie aus naheliegenden praktischen Gründen in letzterer Richtung eine solche Bestimmung nicht hat treffen, mithin das Einspruchsrecht diesfalls nicht hat beschränken wollen. Durch den Hinweis auf § 306 der CPO. kann diese Schlußfolgerung nicht entkräftet werden. Der § 306 überweist die Prüfung der Formalien bezüglich des Einspruchs an die Officialthätigkeit des Richters, wie es in Betreff der Berufung der § 497 thut. Eine materielle Directive für diese Prüfung geben die beiden Paragraphen nicht an die Hand. In Ermangelung dessen entscheidet sich die Rechtzeitigkeit der Berufung nach § 477 Abs. 1 und 2, während rücksichtlich des Einspruchs der Umstand maßgebend ist, daß eine dem § 477 Abs. 2 analoge Bestimmung für ihn nicht getroffen, der Einspruch also nur dann präcludirt erscheint, wenn er nach Ablauf der gesetzlichen Frist eingelegt wurde.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 25. Jan. 1881 i. S. Schönemann w. v. Padtberg. St.

240. Die Statthaftigkeit einer Eidesdelation über das Wissen einer Thatsache ist nicht dadurch bedingt, daß der Deferent Umstände angiebt, durch welche dem Delaten die Thatsache bekannt geworden sein soll.

Vgl. Bd. 32 Nr. 89 mit Nachw.

Der Eidesantrag, in dessen Zurückweisung die Revisionsklägerin eine Gesetzesverletzung erblickt, lautete nach dem Thatbestand des Berufungsurtheils dahin, „daß der Vertrag vom 19. December 1879 in der dem Kläger bekannten Absicht des O., dessen Gläubiger zu benachtheiligen, geschlossen sei". Zurückgewiesen wurde dieser Eidesantrag unter Beziehung auf § 410 der CPO. im Berufungsurtheil deshalb, weil er keine Thatsachen treffe, welche die fraudulöse Absicht des Verkäufers und die Kenntniß des Käufers erkennbar machen. Diese Zurückweisung läßt sich nach Maßgabe des § 410 der CPO. nicht rechtfertigen.

Zunächst kommt in Betracht, daß der Berufungsrichter aus anderweitigen Umständen entnommen und festgestellt hat, daß der Verkäufer der Häute in der That die Absicht gehabt habe, durch deren Verkauf seine Gläubiger zu benachtheiligen. Von dem in dem Eidesantrag enthaltenen Factum steht also der eine Theil, die fraudulöse Absicht des Verkäufers, fest, und der Berufungsrichter hatte garnicht mehr in Erwägung zu nehmen, ob der Antrag auch Thatsachen enthalte, welche diese Absicht äußerlich erkennbar machen. Angesichts jener eben erwähnten Feststellung war nur zu erwägen, ob dem Eidesantrag, insofern sich derselbe auf die Mitwissenschaft des Käufers bezieht, stattgegeben werden könne. Diese Frage aber durfte von dem Berufungsgericht nicht wie geschehen verneint werden.

Indem die CPO. die Eideszuschiebung nur über Thatsachen zuläßt, will sie Urtheile, Begriffe ausgeschlossen wissen; dagegen gestattet sie, conform mit der seitherigen Rechtsprechung, eine Delation sowohl über äußere als über innere Thatsachen. Als Thatsachen der letzteren Art heben die Motive der CPO. nur bona oder mala fides ausdrücklich hervor. Aber was hier von dem innerlichen Wollen gesagt wird, gilt gleichergestalt auch vom Wissen. Eine Verschiedenheit in der Beurtheilung des Wollens und des Wissens als eines Gegenstands für Eidesdelationen ist nur insofern berechtigt, als das Wissen nicht wie das Wollen eine geistige Handlung des Delaten ist und darum nicht unter diejenigen Thatsachen fällt, welche der § 410 der CPO. zuerst benennt. Das Wissen ist eine receptivische Thätigkeit und in gewissem Maß gleichbedeutend mit Wahrnehmen; der Delat weiß eine Thatsache, wenn sie Gegenstand seiner Wahrnehmung geworden ist. Daß aber über Thatsachen, welche Gegenstand der Wahrnehmung des Delaten sind, ein Eid deferirt werden kann, ist im zweiten Theil des § 410 der CPO. unzweifelhaft ausgesprochen.

Selbstverständlich ist hierbei, daß die Thatsache, deren Wissen durch Eid constatirt werden will, hinreichend bestimmt bezeichnet werden muß.

Nicht aber auch ist der thatsächliche Entstehungsgrund dieses Wissens, die äußerlichen Umstände, durch welche der Delat zu seiner Wissenschaft gelangt sein soll, in den Eidesantrag mit aufzunehmen. Dieses letztere Erforderniß wird in den Worten des entscheidenden Gesetzesparagraphen nicht aufgestellt, und auch durch allgemeine Gründe erscheint es nicht geboten; vielmehr hieße es die Natur innerlicher Vorgänge verkennen und die Möglichkeit der Eidesdelation über Gegenstände der Wahrnehmung in vielen Fällen abschneiden, wollte man verlangen, daß der Deferent nicht bloß die Thatsache, welche der Delat nach seiner Behauptung weiß, sondern auch die Umstände anzuführen habe, durch welche sie ihm bekannt geworden ist.

Dementsprechend ist der oben erwähnte Eidesantrag der Revisionsklägerin für gesetzlich zulässig zu erachten, somit das auf seiner Zurückweisung beruhende Urtheil des Berufungsgerichts aufzuheben.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 4. Febr. 1881 i. S. Wolfenstein w. Fleckenstein. St.

---

241. Unanfechtbarkeit der Entscheidung des Berufungsrichters, daß in der 2. Instanz eine Klageänderung nicht stattgefunden habe. Interpretation des Thatbestands eines Berufungsurtheils.

Die Revisionskläger greifen das Urtheil des Berufungsgerichts an, weil dasselbe eine in der 2. Instanz vorgenommene Klageänderung zugelassen und damit gegen den § 489 der CPO. verstoßen habe. Dieser Angriff ist für unstatthaft zu erachten.

Der § 242 der CPO. schreibt vor, daß eine Anfechtung der Entscheidung, daß keine Klageänderung vorliege, nicht stattfinden solle. Diese zunächst für das Verfahren vor den Landgerichten getroffene Vorschrift muß nach der allgemeinen Fassung des § 485 der CPO. auch für das Berufungsverfahren Geltung haben, wenn aus den von der Berufung handelnden Bestimmungen sich keine Abweichung ergiebt. Eine diesfällige Abweichung ist aber aus § 489 der CPO. nicht zu entnehmen. Denn wenn hier ausgesprochen wird, daß eine Aenderung der Klage selbst mit Einwilligung des Gegners unstatthaft sei, so sollte damit nur den Parteien das Recht entzogen werden, noch in der 2. Instanz einen neuen Klagegrund herbeizuziehen und zum gerichtlichen Austrag zu bringen. Diese Beschränkung der Parteienrechte findet ihren Grund in der Rücksichtnahme auf die Erhaltung eines geordneten Rechtsganges, aber sie greift nicht Platz in einem Fall, wo der Berufungsrichter nach Prüfung des Parteivorbringens zu der Ueberzeugung gelangt, daß eine Klageänderung garnicht stattgefunden hat. Die Entscheidung, womit der Richter, sei es in einem Zwischenurtheil oder in den Gründen seines Endurtheils, das Vorhandensein einer Klageänderung verneint, muß sowohl für die 1. als für die 2. Instanz nach dem hierfür maßgebenden Grundsatz des § 242 der CPO. als unanfechtbar betrachtet werden.

240. Die Statthaftigkeit einer Eidesdelation über das Wissen einer Thatsache ist nicht dadurch bedingt, daß der Deferent Umstände angiebt, durch welche dem Delaten die Thatsache bekannt geworden sein soll.

Vgl. Bd. 32 Nr. 89 mit Nachw.

Der Eidesantrag, in dessen Zurückweisung die Revisionsklägerin eine Gesetzesverletzung erblickt, lautete nach dem Thatbestand des Berufungsurtheils dahin, „daß der Vertrag vom 19. December 1879 in der dem Kläger bekannten Absicht des O., dessen Gläubiger zu benachtheiligen, geschlossen sei". Zurückgewiesen wurde dieser Eidesantrag unter Beziehung auf § 410 der CPO. im Berufungsurtheil deshalb, weil er keine Thatsachen treffe, welche die fraudulöse Absicht des Verkäufers und die Kenntniß des Käufers erkennbar machen. Diese Zurückweisung läßt sich nach Maßgabe des § 410 der CPO. nicht rechtfertigen.

Zunächst kommt in Betracht, daß der Berufungsrichter aus anderweitigen Umständen entnommen und festgestellt hat, daß der Verkäufer der Häute in der That die Absicht gehabt habe, durch deren Verkauf seine Gläubiger zu benachtheiligen. Von dem in dem Eidesantrag enthaltenen Factum steht also der eine Theil, die fraudulöse Absicht des Verkäufers, fest, und der Berufungsrichter hatte garnicht mehr in Erwägung zu nehmen, ob der Antrag auch Thatsachen enthalte, welche diese Absicht äußerlich erkennbar machen. Angesichts jener eben erwähnten Feststellung war nur zu erwägen, ob dem Eidesantrag, insofern sich derselbe auf die Mitwissenschaft des Käufers bezieht, stattgegeben werden könne. Diese Frage aber durfte von dem Berufungsgericht nicht wie geschehen verneint werden.

Indem die CPO. die Eideszuschiebung nur über Thatsachen zuläßt, will sie Urtheile, Begriffe ausgeschlossen wissen; dagegen gestattet sie, conform mit der seitherigen Rechtsprechung, eine Delation sowohl über äußere als über innere Thatsachen. Als Thatsachen der letzteren Art heben die Motive der CPO. nur bona oder mala fides ausdrücklich hervor. Aber was hier von dem innerlichen Wollen gesagt wird, gilt gleichergestalt auch vom Wissen. Eine Verschiedenheit in der Beurtheilung des Wollens und des Wissens als eines Gegenstands für Eidesdelationen ist nur insofern berechtigt, als das Wissen nicht wie das Wollen eine geistige Handlung des Delaten ist und darum nicht unter diejenigen Thatsachen fällt, welche der § 410 der CPO. zuerst benennt. Das Wissen ist eine receptivische Thätigkeit und in gewissem Maß gleichbedeutend mit Wahrnehmen; der Delat weiß eine Thatsache, wenn sie Gegenstand seiner Wahrnehmung geworden ist. Daß aber über Thatsachen, welche Gegenstand der Wahrnehmung des Delaten sind, ein Eid deferirt werden kann, ist im zweiten Theil des § 410 der CPO. unzweifelhaft ausgesprochen.

Selbstverständlich ist hierbei, daß die Thatsache, deren Wissen durch Eid constatirt werden will, hinreichend bestimmt bezeichnet werden muß.

ausgegangen werden, daß einerseits die Edition der in Frage stehenden Urkunden vom Kläger nicht in Verfolgung eines ausschließlichen Rechts an denselben und um sie zu behalten, sondern nur zum vorübergehenden Gebrauch, um von denselben Einsicht und Abschrift zu nehmen, begehrt worden ist, und daß andrerseits feststeht, daß auch der Beklagte dem Kläger diese Einsicht und den Gebrauch der fraglichen Urkunden nicht verweigert, sondern unter Negirung einer Verpflichtung zur Hinausgabe derselben zu Händen des Klägers nur verlangt hat, daß dieser sich an das über die Art und Weise der Benutzung dieser Urkunden unter den Parteien abgeschlossene Uebereinkommen, inhaltlich dessen dieselben bei einer dritten Person zum Zweck der Einsichtnahme durch den Kläger deponirt worden waren, zu halten habe. Gegenstand des vorwürfigen Rechtsstreits bildet somit lediglich die Frage, ob Kläger verlangen dürfe, daß ihm die fraglichen Urkunden zu dem angegebenen Zweck auf einige Zeit hinausgegeben werden, oder ob er sich der beklagtischen Behauptung gemäß damit begnügen muß, die von ihm verlangte Einsicht derselben in der Wohnung eines Dritten zu nehmen.

Hiernach ergiebt sich, daß der Beschwerdegegenstand im gegebenen Fall lediglich darin besteht, daß dem Kläger zugemuthet worden ist, die von ihm verlangte Einsicht und den von ihm verlangten Gebrauch der Urkunden auf für ihn minder bequeme Weise zu bethätigen. Das den Gegenstand der Revision bildende Vermögensinteresse des Klägers kann demnach bloß in den besonderen Kosten bestehen, welche damit verbunden sein können, daß er die fraglichen Urkunden anstatt in seiner Wohnung bei einem Dritten einsehen, und daß, falls er persönlich hierzu nicht Zeit haben sollte, er zu dem angegebenen Zweck und zu etwaiger Fertigung von Abschriften einen Mandatar aufstellen muß.

In Betreff der richterlichen Feststellung des Werths des Beschwerdegegenstandes kommen laut Abs. 2 des § 508 der CPO. die Vorschriften der §§ 3—9 zur Anwendung, wonach laut § 3 der Werth vom Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt wird. Nun hat zwar Revident den Werth auf mindestens 1520 ℳ. angeschlagen und hat darüber Zeugen benannt und sich auch zum Eide erboten; allein weder auf diese Behauptung noch auf das Angebot eines Nachweises derselben hat es hier anzukommen, weil, abgesehen davon, daß laut § 508 Abs. 3 der CPO. der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung des Werths des Beschwerdegegenstands schon gesetzlich ausgeschlossen ist, hier das oberste LG., ohne erst noch einer ihm durch das Gesetz facultativ eingeräumten Beweisaufnahme zu bedürfen, in der Lage war, dieses Interesse in Würdigung nach freiem Ermessen auf einen Betrag von höchstens 500 ℳ. festzusetzen."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 28. Febr. 1881. Nr. I. 27/1880.

v. L.

243. Auch die Revision wegen Zulassung des Rechtswegs ist an keine Revisionssumme gebunden; dadurch wird aber das angefochtene Urtheil nicht auch in andern Puncten revisibel.

Nach § 509 Z. 1 der CPO. findet die Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes statt, insoweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtswegs handelt. Diese Ausnahme von der Regel des § 508 der CPO. tritt nach richtiger Auslegung jener Vorschrift nicht bloß dann ein, wenn das OLG. den Rechtsweg ausgeschlossen, sondern auch dann, wenn es denselben, wie hier, zugelassen hat, und ohne Unterschied, ob das Berufungsgericht das Erkenntniß 1. Instanz bestätigte oder abänderte (vgl. Prot. d. Justizcomm. S. 250). Hiernach ist im vorliegenden Fall die Zulässigkeit des Rechtswegs auch in 3. Instanz zu prüfen. . . .

Das Revisionsgericht hat sich aber auf die Erörterung und Entscheidung der Frage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zu beschränken, wenn bezüglich der andern an dasselbe gebrachten Streitpuncte die Beschwerdesumme nicht vorhanden ist. Würde durch die Beschwerde über die Unzulässigkeit des Rechtswegs die Sache in ihrem vollen Umfange an die 3. Instanz erwachsen, so könnte jeder zur landgerichtlichen Competenz gehörige Proceß über klag- oder einredeweise verfolgte vermögensrechtliche Ansprüche dadurch revisibel gemacht werden, daß die eine oder andere Partei die Zulässigkeit des Rechtswegs bestreitet.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 26. Novbr. 1880 in der hessendarmst. Sache Kuhl w. Roth. St—r.

---

244. Revision wegen Verletzung der gemeinrechtlichen Rechtsnormen über das Gewohnheitsrecht, auch wenn letzteres nur ein particulares ist.

Vgl. Bd. 36 Nr. 86.

Revisionskläger ficht die Entscheidung als gegen die gemeinrechtlichen Grundsätze über Gewohnheitsrecht verstoßend an. Die Statthaftigkeit dieses Angriffs unterliegt keinem Bedenken, obgleich das Gewohnheitsrecht, um welches es sich handelt, nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus sich erstrecken soll und die Entscheidung des letzteren über Bestehen und Inhalt eines solchen Gewohnheitsrechts nach § 12 des Einführungsgesetzes zur CPO. für das Reichsgericht ebenso maßgebend ist, wie nach § 525 der CPO. die Entscheidung über Bestehen und Inhalt eines Gesetzes von gleichem Geltungsbereich. Die Bestimmung des § 525 setzt voraus, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts bezüglich einer nur in seinem Bezirk geltenden Rechtsnorm sich ausschließlich auf dem Boden des dortigen Particularrechts bewegt. Beruht dieselbe dagegen auf Rechtsnormen, deren Geltung sich

über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, so ist sie im Fall der unrichtigen Anwendung oder der Nichtanwendung dieser Normen nach §§ 512, 525 anfechtbar. Dies ist bereits in den Motiven zu §§ 487, 488, 501, 502 des Entwurfs der CPO. unter II. für den Fall hervorgehoben, daß ein Conflict zwischen dem Reichsrecht oder gemeinen Recht und dem particulären Recht in Frage steht. Dasselbe gilt aber auch, wenn die Frage des Bestehens einer particulären Rechtsnorm nach Rechtsregeln zu entscheiden ist, welche für einen größern Bezirk Geltung haben. Die Revision kann daher darauf gestützt werden, daß das angefochtene Erkenntniß gegen die in Ermangelung particularrechtlicher Bestimmungen auch in Hamburg geltenden gemeinrechtlichen Grundsätze über Gewohnheitsrecht verstoße.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 6. Novbr. 1880 in einer hamburger Sache. Fenner u. Mecke Archiv Bd. 2 S. 39.

---

245. Die Einreichung einer nicht legalisirten Beschwerde in den höheren Instanzen ist zulässig, wo der § 532 Abs. 2 der CPO. die Einlegung der Beschwerde durch Erklärung zum Protocoll des Gerichtsschreibers gestattet.* — Verfahren betr. die Zwangsvollstreckung in Grundstücke.

*Vgl. Bd. 35 Nr. 250.

Dem Antrage vom 14. December 1880, worin die Bestellung eines Armenanwalts zum Zweck der Legalisirung der gleichzeitig beigefügten Beschwerdeschrift erbeten wird, liegt die Ansicht zu Grunde, daß diese Form behufs Zulassung der Beschwerde gesetzlich geboten sei. Das ist jedoch nicht der Fall. § 532 Abs. 2 der CPO. schreibt vor: „Die Einlegung (der Beschwerde) erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift; die Einlegung kann auch durch Erklärung zum Protocoll des Gerichtsschreibers erfolgen, wenn der Rechtsstreit bei einem Amtsgericht anhängig ist oder anhängig war." Nach den Motiven der Regierungsvorlage könnte es den Anschein gewinnen, als wenn hierdurch hinsichtlich der Form der Beschwerde entweder eine Anwaltsschrift oder die Erklärung zu Protocoll vorgeschrieben wäre. Sie bemerken nämlich (S. 330):

> Die Beschwerde wird nach § 508 Abs. 2 (jetzt § 532) entweder durch eine Beschwerdeschrift oder in den dort zugelassenen Fällen zum Protocoll des Gerichtsschreibers eingelegt. Ersteren Falls ist die Beschwerdeschrift — weil für das Beschwerdegericht, also ein Gericht höherer Instanz, bestimmt — nach der allgemeinen Regel des § 72 (jetzt § 74) eine Anwaltsschrift.

Diese Bemerkung ist jedoch ungenau; der Unterschied, welchen § 532 Abs. 2 a. a. O. in Betreff der Beschwerdeschrift und der Erklärung zu Protokoll macht, correspondirt mit den allgemeinen Bestimmungen des § 74 der CPO. Inhalts derselben ist der Anwaltszwang vorgeschrieben für das Verfahren vor den Landgerichten und allen Gerichten höherer In-

243. Auch die Revision wegen Zulassung des Rechtswegs ist an keine Revisionssumme gebunden; dadurch wird aber das angefochtene Urtheil nicht auch in andern Puncten revisibel.

Nach § 509 Z. 1 der CPO. findet die Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes statt, insoweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtswegs handelt. Diese Ausnahme von der Regel des § 508 der CPO. tritt nach richtiger Auslegung jener Vorschrift nicht bloß dann ein, wenn das OLG. den Rechtsweg ausgeschlossen, sondern auch dann, wenn es denselben, wie hier, zugelassen hat, und ohne Unterschied, ob das Berufungsgericht das Erkenntniß 1. Instanz bestätigte oder abänderte (vgl. Prot. d. Justizcomm. S. 250). Hiernach ist im vorliegenden Fall die Zulässigkeit des Rechtswegs auch in 3. Instanz zu prüfen. . . .

Das Revisionsgericht hat sich aber auf die Erörterung und Entscheidung der Frage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zu beschränken, wenn bezüglich der andern an dasselbe gebrachten Streitpuncte die Beschwerdesumme nicht vorhanden ist. Würde durch die Beschwerde über die Unzulässigkeit des Rechtswegs die Sache in ihrem vollen Umfange an die 3. Instanz erwachsen, so könnte jeder zur landgerichtlichen Competenz gehörige Proceß über klag- oder einredeweise verfolgte vermögensrechtliche Ansprüche dadurch revisibel gemacht werden, daß die eine oder andere Partei die Zulässigkeit des Rechtswegs bestreitet.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 26. Novbr. 1880 in der hessendarmst. Sache Kuhl w. Roth. St—r.

---

244. Revision wegen Verletzung der gemeinrechtlichen Rechtsnormen über das Gewohnheitsrecht, auch wenn letzteres nur ein particulares ist.

Vgl. Bd. 36 Nr. 86.

Revisionskläger ficht die Entscheidung als gegen die gemeinrechtlichen Grundsätze über Gewohnheitsrecht verstoßend an. Die Statthaftigkeit dieses Angriffs unterliegt keinem Bedenken, obgleich das Gewohnheitsrecht, um welches es sich handelt, nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus sich erstrecken soll und die Entscheidung des letzteren über Bestehen und Inhalt eines solchen Gewohnheitsrechts nach § 12 des Einführungsgesetzes zur CPO. für das Reichsgericht ebenso maßgebend ist, wie nach § 525 der CPO. die Entscheidung über Bestehen und Inhalt eines Gesetzes von gleichem Geltungsbereich. Die Bestimmung des § 525 setzt voraus, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts bezüglich einer nur in seinem Bezirk geltenden Rechtsnorm sich ausschließlich auf dem Boden des dortigen Particularrechts bewegt. Beruht dieselbe dagegen auf Rechtsnormen, deren Geltung sich

246. Beginn der Nothfrist für die sofortige Beschwerde. — Form der Zustellung von Beschlüssen.

Den vom Gesetz anerkannten Fällen der sofortigen Beschwerde liegt insgesammt der Gedanke zu Grunde, daß, weil die dabei in Frage stehenden gerichtlichen Verfügungen auf Rechte des Gegners oder eines Dritten einwirken und daher einer Rechtskraft fähig sind, es geboten erscheinen müsse, den baldigen Eintritt dieser letzteren herbeizuführen. In dieser Erwägung ist für die Erhebung der sofortigen Beschwerde eine Nothfrist eingeführt, deren Ablauf mit der Präclusion des Rechtsmittels bedroht ist und deren Beginn in den Fällen der §§ 301 und 829 Abs. 3 der CPO. an die Verkündung, im Uebrigen an die Zustellung des gefaßten Beschlusses geknüpft ist (§ 540 Abs. 2). Im Begriff einer Nothfrist liegt, daß sie nicht anders zu laufen beginnt, als wenn die gesetzmäßigen Voraussetzungen für ihren Beginn strenge eingehalten sind. In dieser Beziehung kann kein Unterschied bestehen zwischen den verschiedenen Nothfristen, welche das Gesetz kennt; überdies wird auch die diesfällige Gleichförmigkeit der Beschwerdefristen mit den für die Rechtsmittel gesetzten Fristen von den Motiven ausdrücklich anerkannt.

Der gegenwärtige Fall betrifft, da es sich um die Anwendung des § 701 der CPO. handelt, zweifellos eine sofortige Beschwerde; die Nothfrist für deren Erhebung begann also mit der Zustellung des angefochtenen Gerichtsbeschlusses. Die Form der Zustellung von Beschlüssen wird durch § 294 der CPO. dahin geregelt, daß wenn, wie vorliegend, der betreffende Beschluß nicht auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen und darum zu verkünden war, die Zustellung von Amts wegen einzutreten hat. Eine solche Zustellung, nämlich die unmittelbar vom Gericht ausgehende Einhändigung einer Ausfertigung des betreffenden Gerichtsbeschlusses an die Parteien, hat aber im gegenwärtigen Fall nicht stattgefunden. Die seitens einer Partei erfolgte Zustellung des Beschlusses an die Gegenpartei ist keine Zustellung im Sinne des Gesetzes. Sie kann nach den bei Nothfristen in Betracht kommenden Grundsätzen die amtliche Zustellung ebensowenig ersetzen, als bezüglich der Urtheile an Stelle der Zustellung auf Betreiben der Parteien diejenige von Amts wegen gesetzt werden dürfte.

Hiernach ist der Beschwerdeführer mit seiner gegen den amtsgerichtlichen Beschluß vom 2. September v. J. erhobenen und am 24. dess. Mts. bei dem LG. eingelegten Beschwerde nicht präcludirt gewesen; der angefochtene Beschluß des OLG., welcher auf Grund der Annahme dieser Präclusion die weitere Beschwerde als unzulässig verworfen hat, war somit aufzuheben und die Sache an das OLG. zur weiteren Entscheidung zurückzuweisen.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 11. Jan. 1881 i. S. Thoma w. Kollas. St.

stanzen. Solange der § 74 (in den Vorentwürfen) nur diese Bestimmung enthielt, war die angeführte Aeußerung der Motive zutreffend. Dies ist nicht mehr der Fall, nachdem § 74 Abs. 2 die Ausnahme zugelassen hat, daß Proceßhandlungen, welche vor einem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, dem Anwaltszwang nicht unterliegen. Wie die Motive zu § 72 (jetzt § 74) S. 99 ergeben, ist durch den Zusatz im zweiten Absatz beabsichtigt, bei denjenigen Proceduracten, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen, den Anwaltszwang auszuschließen. Dazu sind namentlich die Proceßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, gerechnet. Daraus ergiebt sich, daß, wie an vielen Stellen der CPO., so auch im § 532 Abs. 2 der Ausdruck: „Erklärung zum Protocoll des Gerichtsschreibers" nur den Gegensatz zum Anwaltsproceß bezeichnet. Für die Fälle, in welchen das Gesetz diese Erklärung gestattet, ist der Anwaltszwang ausgeschlossen, und es tritt deshalb die allgemeine Regel ein, daß Anträge der Parteien einer besonderen Form nur bedürfen, sofern dies vom Gesetz vorgeschrieben ist. Hinsichtlich der vorbereitenden Schriftsätze wird dieser Grundsatz im § 121 Nr. 6 der CPO. ausdrücklich anerkannt.

Da nun der Rechtsstreit, welcher den Anlaß zu der gegenwärtigen Beschwerde bietet, bei dem Amtsgericht zu N. anhängig ist, so findet die Vorschrift des § 532 Abs. 2 a. a. O. Anwendung, und es steht nichts entgegen, den eingereichten, nicht legalisirten Schriftsatz des Beschwerdeführers materiell zu prüfen.

Die Zuständigkeit des Reichsgerichts zur Entscheidung über die Beschwerde unterliegt keinem Bedenken. Die CPO. hat das gesammte Zwangsvollstreckungsverfahren geregelt. Für die Zwangsvollstreckung in Grundstücke gelten deshalb nicht bloß die §§ 755—757, sondern auch die allgemeinen Vorschriften im ersten Abschnitt des achten Buchs, insbesondere diejenige des § 701 über die Anfechtung von Entscheidungen, welche ohne mündliche Verhandlung erfolgen können. Wenn § 9 des preuß. Gesetzes vom 4. März 1879 (GS. S. 102) in Ausführung des durch § 757 der CPO. gemachten Vorbehalts bestimmt, daß die Entscheidung über den Zuschlag ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann, und hinzufügt: „Gegen dieselbe findet nur sofortige Beschwerde statt", so entspricht diese Vorschrift dem § 701 der CPO., und die sofortige Beschwerde muß nach den Grundsätzen der CPO. über dieses Rechtsmittel, und zwar in höchster Instanz vom Reichsgericht erledigt werden.

Beschluß des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 17. Decbr. 1880 auf Beschwerde Kästner in einer frankfurter Sache. St.

einer Restforderung desselben an A. von 1834 M. gepfändet und zugleich dem gestellten weiteren Antrage entsprechend dem B. zur Einziehung (§§ 736 u. 737 der CPO.) überwiesen. Vorher schon waren die Eheleute S. in Concurs gerathen und in diesem jene Forderung des A. angemeldet worden. In Folge der Pfändung und Ueberweisung stellte B. bei der zur Beschlußfassung über einen von den S.'schen Eheleuten gemachten Zwangsvergleichsvorschlag am 18. Mai 1880 anberaumten Gläubigerversammlung den Antrag, ihm für die gepfändete Forderung Stimmrecht zu gewähren. Auf Widerspruch der übrigen Concursgläubiger wies das AG. diesen Antrag ab; allein das mit Beschwerde angegangene LG. sprach aus, daß B. als stimmberechtigt zu erachten sei. — Bei der am 15. October 1880 neuerlich zur Beschlußfassung über jenen Zwangsvergleichsvorschlag anberaumten Gläubigerversammlung wurde hinsichtlich jener gepfändeten Forderung sowohl dem A. als dem B. ein Stimmrecht gewährt, und es stimmte nun dieser mit Nein, jener mit Ja, worauf das AG. diese Abstimmung als überhaupt nicht abgegeben erachtete, weil eine Berücksichtigung einer sich widersprechenden Stimmabgabe bezüglich derselben Forderung nicht ausführbar erscheine. Es wurde deshalb das Stimmverhältniß ohne Rücksicht auf die Forderung des A. berechnet, was die Annahme der Ablehnung des vorgeschlagenen Zwangsvergleichs zur Folge hatte.

Die gegen diesen Beschluß von den S.'schen Eheleuten erhobene Beschwerde wurde vom LG. abgewiesen, wobei die Gründe davon ausgehen, daß, wenn auch die amtsgerichtliche Auffassung nicht gebilligt werden könne, doch kein Grund zur Beschwerde vorliege, da B. in der Weise stimmberechtigt sei, daß sein gegen den Zwangsvergleich abgegebenes Votum als entscheidend zu gelten habe, bei welcher Annahme jener Vorschlag nach dem Stimmenverhältniß gleichfalls abgelehnt erscheine. Auf weitere Beschwerde der Eheleute S. hob das OLG., in der Annahme, daß dem B. nur ein Theil der Forderung überwiesen sei, den landgerichtlichen Beschluß auf und erkannte sowohl dem A. wie dem B., und zwar Jedem selbständig pro rata, die Vertretung der Forderung zu.

Das oberste LG. stellte dann aber auf Beschwerde des B. den landgerichtlichen Beschluß wieder her. In den Gründen wird zunächst ausgeführt, daß dem B. thatsächlich die ganze Forderung des A. überwiesen, der Ausgangspunct der Entscheidung des OLG. also ein unrichtiger sei. Dann wird fortgefahren:

„Wäre die weitere rechtliche Deduction des OLG., dahin gehend, daß der Pfandgläubiger durch Ueberweisung der Forderung vollständig unabhängig und ohne jede Beschränkung von Seiten seines Schuldners, d. h. des Eigenthümers der überwiesenen Forderung, über diese verfügen und das Stimmrecht ausüben kann, richtig, dann könnte . . . die Folge nur die sein, daß der . . . B. als selbständig hinsichtlich der Forderung des A.

247. Durch Empfangnahme des Erlöses aus den gepfändeten und versteigerten Sachen seitens des Gerichtsvollziehers (§ 720 der CPO.) erleidet das Vorrecht anderer Gläubiger an den gepfändeten Sachen keine Veränderung.

F. hatte seinen Schuldner M. wegen einer eingeklagten Forderung pfänden lassen. Den Erlös aus den gepfändeten Sachen hatte der Gerichtsvollzieher bei der Versteigerung in Empfang genommen. X. beanspruchte dann klagend gegen F. vorzugsweise Befriedigung aus diesem Erlöse wegen einer älteren Miethforderung an M., auf Grund des § 41 Ziff. 4 der CO. und des § 7 des preuß. Ausführungsgesetzes zur CO. vom 6. März 1879. Im Uebrigen aus den Entscheidungsgründen:

„Beklagter hat vorgebracht, daß durch die Empfangnahme des Erlöses für die Pfandobjecte seitens des Gerichtsvollziehers eine Zahlung eingetreten und durch seine so geschehene Befriedigung der Streit bereits gegenstandslos geworden sei. Er beruft sich dabei auf § 720 der CPO., welcher allerdings statuirt, daß diese Empfangnahme als „Zahlung von Seiten des Schuldners" gelten solle. Diese Bestimmung ist indessen nicht in dem Sinn zu nehmen, welchen Beklagter mit derselben verbinden will. Sie will vielmehr — ebenso wie der insoweit übereinstimmende § 716, 2 der CPO. — nur das Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger ordnen, was schon der Wortlaut „Zahlung von Seiten des Schuldners" andeutet, und lediglich zum Ausdruck bringen, daß nunmehr der Schuldner befreit und die Gefahr des vom Gerichtsvollzieher in Empfang genommenen Geldes auf den Gläubiger übergegangen sei. Eine weitere Bedeutung hat sie nicht, insbesondere will sie über das Verhältniß der Gläubiger unter einander keinerlei Anordnung treffen (vgl. Struckmann u. Koch die CPO. zu § 716 Anm. 3; Seuffert CPO. zu § 716). Endlich würde, wenn die beklagtische Auslegung des fraglichen Paragraphen die richtige wäre, diese gesetzliche Bestimmung in hohem Maß die Sicherheit der übrigen Pfand- und Vorzugsrechte gefährden, indem dann der pfändende Gläubiger durch beschleunigtes Eintreiben des Versteigerungserlöses fast regelmäßig die gleichstehenden oder besseren Rechte anderer Gläubiger illusorisch zu machen in der Lage wäre."

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 11. März 1881 i. S. Frick w. Münter. W.

---

248. Die Ueberweisung der gepfändeten Forderung an den Gläubiger zur Einziehung (§ 736 der CPO.) macht denselben nicht zum Gläubiger des Drittschuldners und verleiht ihm kein selbständiges Stimmrecht im Concurse des Drittschuldners (CO. §§ 87, 169).

Eine Forderung des A. an die Eheleute S. im Betrage von 6550 ℳ wurde durch Beschluß des AG. vom 15. Mai 1880 zu Gunsten des B., wegen

Dem Erörterten zufolge ist sonach die Beschwerde des B. wohl insoweit begründet, daß sein Stimmrecht bei der Frage, ob der angesuchte Zwangsvergleich zu genehmigen sei, nicht, wie im angefochtenen Beschluß festgesetzt, auf den Betrag der ihm gegen den Concursgläubiger A. zustehenden Forderung zu beschränken sei; unbegründet ist dagegen der mit der Beschwerde gestellte Antrag, ihm auf den Betrag der zur Einziehung überwiesenen Forderung ein selbständiges Stimmrecht einzuräumen. Vielmehr ist er bei allen präjudiciellen Handlungen bezüglich dieser Forderung an die Zustimmung des Eigenthümers derselben gebunden und kann nur mit dieser dem Gemeinschuldner einen Nachlaß bewilligen. . . . Daraus ergiebt sich, daß in Fällen wie der vorliegende der Widerspruch des eingewiesenen Gläubigers ebenso wie jener des Schuldners, dessen Activforderung überwiesen wurde, für die Ablehnung eines Nachlaßgesuchs in Betracht zu ziehen ist, wie dieses im landgerichtlichen Beschluß ganz richtig angenommen wurde.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 3. Febr. 1881. R. Nr. II. 2/1881.

v. L.

---

249. Vermögenszerrüttung des Schuldners und drohende Concurrenz anderer Gläubiger bilden keinen Arrestgrund nach § 797 der CPO.

In § 797 der CPO. ist bestimmt, daß der dingliche Arrest stattfinde, wenn zu besorgen sei, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urtheils vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Ueber Sinn und Tragweite dieser Bestimmung geben weder die Motive des Gesetzentwurfs noch die Commissions- und Reichstagsverhandlungen näheren Aufschluß. Faßt man die früheren gesetzlichen Bestimmungen ins Auge, die derselben muthmaßlich zur Grundlage gedient haben, so können in Betracht kommen: zunächst Art. 611 der bayr. PO., welcher fast wörtlich mit § 797 a. a. O. übereinstimmt und demselben offenbar zum Vorbild gedient hat, und sodann die §§ 1, 30 und 47 Tit. 29 der preuß. allg. Gerichtsordnung, in welchen von der Besorgniß die Rede ist, daß der Schuldner Vermögensstücke beseitige und den Gläubigern das Object ihrer künftigen Befriedigung entziehe. Sowohl nach preuß. Proceßrecht (allg. Gerichtsordnung Tit. 29 § 87) als nach bayr. Proceßrecht begründete der Arrest kein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern; sein Zweck war bloß, dem Schuldner die Möglichkeit zu entziehen, über die Vermögensstücke zu verfügen oder sie zu beseitigen, und sonstigen Zwecken konnte er der Natur der Sache nach nicht dienen. Erst dadurch, daß die deutsche CPO. in § 810 mit der Arrestanlage ein Pfandrecht verband, entstand ein Interesse für die Gläubiger, die Arrestanlage auch dazu zu benutzen, um sich vor anderen Gläubigern ein Vorzugsrecht zu verschaffen, bzw. zu verhüten, daß andere Gläubiger durch Zwangsvollstreckung sich den Vorzug sicherten. Es fragt sich, ob anzu-

an die Gantleider stimmberechtigt erkannt werden dürfte. Diese rechtliche Auffassung kann aber als richtig nicht erkannt werden.

Nach den Grundsätzen der CPO. §§ 736 u. 737 kann eine gepfändete Geldforderung dem Gläubiger nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerth überwiesen werden. Letzterer Modus, welcher als datio in solutum wirkt, ist hier nicht in Frage. Die Ueberweisung zur Einziehung aber wirkt wie eine seitens des Schuldners dem Gläubiger ertheilte Ermächtigung zur Einkassirung und Einklagung (vgl. Seuffert Comm. zur CPO. S. 757). Nach § 737 der CPO. wird die zu solcher Thätigkeit des Gläubigers erforderte Ermächtigung des Schuldners durch den Act der gerichtlichen Ueberweisung zur Einziehung ersetzt. Hiernach wird der Gläubiger bei dieser Art der Ueberweisung nicht wie bei der ersteren selbst Gläubiger des Drittschuldners, sondern er übt, wenn auch aus eigenem Recht und in eigenem Namen, doch nur das Forderungsrecht seines Schuldners aus. . . . Wenn auch, wie die Motive zu § 736 der CPO. entnehmen lassen, es absichtlich vermieden wurde, dem Act der Ueberweisung die Natur eines bestimmten Rechtsgeschäfts beizulegen, so kann doch nach den im Gesetz gewollten Wirkungen dieses Acts die Sache nur so aufgefaßt werden, daß die gemäß § 737 durch die Ueberweisung zu ersetzende Erklärung des Schuldners dessen Willensäußerung begreife, daß sein Gläubiger bis zu dem Betrage seines Guthabens aus der überwiesenen Forderung durch Einhebung und Einklagung seine Befriedigung zu holen ermächtigt sein solle. Der angefochtene Beschluß geht nun zwar von derselben rechtlichen Anschauung aus, allein er zieht daraus die irrige Folge, daß der Gläubiger hiernach durch die Ueberweisung zur Einziehung selbst Gläubiger des Drittschuldners werde. Zu diesem Schluß kann man nur unter der Annahme gelangen, daß die Ueberweisung gleich einer cessio necessaria den Uebergang des Forderungsrechts auf den Gläubiger bewirke. Diese Annahme ist, wie bemerkt, irrig und identificirt die Ueberweisung zur Einziehung mit jener an Zahlungsstatt.

Mag man nun das Rechtsverhältniß, welches durch diesen Act der Ueberweisung entsteht, nach Art eines Mandats oder einer Assignation auffassen, in keinem Fall scheidet der Pfandgeber aus dem Forderungsverhältniß zu dem Drittschuldner so aus, daß dieses ihm gegenüber nun ein fremdes würde. Vielmehr bleibt er Gläubiger mit der einzigen durch die Ueberweisung bewirkten Einschränkung. Daraus aber, daß der eingewiesene Gläubiger ein fremdes Forderungsrecht ausübt, folgt, daß er keineswegs ohne jede Rücksicht auf den Herrn desselben darüber verfügen kann, und daß es ihm insbesondere nicht gestattet ist, durch einseitige Disposition dem Drittschuldner Nachlässe zu bewilligen oder sonstwie sich zu vergleichen (vgl. die Commentare von Petersen Bd. 2 S. 775, Wilmowski S. 852, Bülow S. 504).

die bloße Arrestanlage ein Pfandrecht bewirkt, welche außerdem ganz ungerechtfertigt wäre, ihre Grundlage. Wenn daher das angefochtene Urtheil ausspricht, die schlimme Vermögenslage des Schuldners und die gerichtliche Verfolgung anderer Gläubiger seien an und für sich nicht geeignet, eine Arrestanlage zu rechtfertigen, sowie, es bezwecke der Arrest bloß Schutz gegen gefährdende Handlungen des Schuldners oder unberechtigter Dritter, aber nicht gegen die Concurrenz anderer Gläubiger, so ist diese Ansicht eine ganz richtige, dem Sinn des § 797 a. a. O. entsprechende. . . .

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 25. Febr. 1881 in einer badens. Sache. Deutscher Reichsanzeiger pro 1881, bes. Beil. Nr. 4.

---

250. Inwiefern können Pfandbestellungen durch das Paulianische Rechtsmittel angefochten werden? [1])

Vgl. Bd. 33 Nr. 355 mit Nachw.

Die Quellen des röm. Rechts enthalten eine ausdrückliche Entscheidung der Frage nicht, ob und inwiefern eine Pfandbestellung durch das Paulianische Rechtsmittel anfechtbar sei, wenn der Pfanderwerber die fraudulöse Absicht des Pfandbestellers nicht gekannt hat. Mit Recht geht deshalb die gemeinrechtliche Doctrin davon aus, daß die Beantwortung der Frage aus den allgemeinen Grundsätzen, auf welchen das Paulianische Rechtsmittel beruht, zu entnehmen sei. Die Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze darf aber nicht dahin führen, daß nach dem Vorgange von Francke (civ. Archiv Bd. 16 S. 259—262) Pfandbestellungen für ein sog. vetus creditum, welche ohne die conscientia fraudis des Pfanderwerbers erfolgen, für unanfechtbar erklärt werden, weil nur die eigentlichen Schenkungen auch ohne diese Mitwissenschaft der Paulianischen Klage anheimfallen. Denn die in fr. 6 § 11 quae in fraud. cred. 42. 8 für Schenkungen statuirte Ausnahme beschränkt sich, ihrem inneren Grunde nach, nicht auf die eigentlichen Schenkungen (Savigny System Bd. 4 § 142); sie muß auch auf anderweitige Liberalitätsacte ausgedehnt werden. Die Klage hat in solchen Ausnahmefällen nur die noch vorhandene Bereicherung zum Gegenstand, und in dieser Beschränkung findet sie ihre Rechtfertigung in der Unbilligkeit, welche darin liegt, daß der Beklagte das, was er durch eine fraus, wenn auch ohne eigene Betheiligung an derselben, gewonnen hat, den durch sie verletzten Gläubigern vorenthalten will (vgl. das fr. cit.). Und in dieser Beziehung kann es offenbar keinen Unterschied machen, ob eine eigentliche Schenkung oder ein anderer Liberalitätsact zur Benachtheiligung von Gläubigern vollzogen worden (vgl. übrigens auch const. 5 de revoc. his quae in fraud. credit. 7. 75).

[1]) Vgl. d. CO. § 23 ff. Reichsgesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Concursverfahrens v. 21. Juli 1879 § 3.

nehmen, daß das Gesetz, indem es besagtes Pfandrecht verlieh, beabsichtigt haben könne, den Grund und Zweck des Arrestes zu ändern und in demselben das Mittel zu gewähren, den Vorzug vor concurrirenden Gläubigern zu gewinnen.

Nach allgemeinen Rechtsprincipien und dem vermuthbaren Zweck des Gesetzes ist diese Frage zu verneinen, und vielmehr umgekehrt zu folgern, daß gerade deshalb, weil jetzt mit der Arrestanlage ein Pfandrecht verbunden ist, es um so mehr nöthig und dem vermuthbaren Willen des Gesetzes entsprechend erscheint, den Arrest streng auf solche Fälle zu beschränken, wo Gefahr vorliegt, daß der Schuldner (unter Umständen auch ein unberechtigter Dritter) Vermögensstücke beseitige, bzw. dem Zugriff der Gläubiger entziehe.

Auch die deutsche Concursordnung geht im Allgemeinen von dem Grundsatz aus, daß das Vermögen des Schuldners das gemeinsame Pfand aller Gläubiger sei, und giebt dem einzelnen Gläubiger das Mittel, eine ausgleichende, die Interessen aller Gläubiger berücksichtigende Befriedigung herbeizuführen, dadurch, daß es ihn befugt erklärt, im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die Eröffnung des Concurses zu beantragen (§§ 2, 94 u. 95 der CO.). Solange eine Zahlungsunfähigkeit nicht vorliegt oder nicht zu Tage tritt, ist es nun allerdings dem einzelnen Gläubiger gestattet, sich durch Zugriff auf das Vermögen des Schuldners einen Vorzug vor anderen Gläubigern zu verschaffen, aber der Regel nach doch nur unter der Voraussetzung, daß er eine executionsreife Forderung hat und im Wege der ordnungsmäßigen Zwangsvollstreckung Vermögensstücke des Schuldners zu seiner Befriedigung in Beschlag nimmt (§ 709 der CPO.). Es kann unmöglich Wille des Gesetzes sein, daß eine gleich allgemeine Befugniß auch solchen Gläubigern zu Theil werde, deren Forderungen nach Bestand und Betrag noch ungewiß, ja nicht einmal fällig sind; dies würde aber der Fall sein, wollte man auch die drohende Concurrenz anderer Gläubiger als Arrestgrund gelten lassen. Jeder derartige Gläubiger würde auf Grund der Thatsache, daß andere Gläubiger Urtheile erwirkten und im Begriff stehen zur Zwangsvollstreckung zu schreiten, schnell Arrest anlegen und hierdurch den Vorrang vor diesen Gläubigern sich sichern können, der ihm nach allgemeinen Rechtsprincipien offenbar nicht gebührt.

Hieraus erhellt, daß § 797 a. a. O., wenn er von Vereitelung oder wesentlicher Erschwerung der Vollstreckung spricht, nur diejenige Vollstreckung im Auge hat, welche auf dem ordnungsmäßigen Wege hätte erlangt werden können, und sein Zweck nur ist, Handlungen des Schuldners oder dritter Personen zu verhindern, welche diese Vollstreckung zu vereiteln suchen. Das Gesetz trifft daher hauptsächlich nur Fälle, in denen durch die Arrestanlage Vermögensobjecte, die ohne dieselbe für die Gläubiger verloren gewesen wären, erhalten werden, und so aufgefaßt erhält auch die Bestimmung, daß

folgte Pfandbestellung dem Gläubiger unentgeltlich den Gewinn zuführt, den er durch die fraudulöse Bevorzugung vor anderen Gläubigern erlangt.

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 5. Novbr. 1880 i. S. Pfeiffer w. Blumenthal. St.

251. Collision zwischen dem Absonderungsrecht des Vermiethers und des Pfändungspfandgläubigers (§ 4 Ziff. 4 u. 9 der Concursordnung).

Der Kaufmann F. hatte im Februar und März 1880 seinem Schuldner M. wegen rechtskräftig gegen denselben ausgeklagter Kapitalforderungen verschiedene Möbeln und Farbewaaren abpfänden lassen. Ein Bruder des Schuldners beanspruchte aus diesem Erlöse im Wege der Klage gegen F. vorzugsweise Befriedigung wegen eines jährlichen Miethzinses zum Betrage von 800 ℳ, den ihm der Schuldner M. für die Zeit vom 1. Juli 1879 bis dahin 1880 für eine demselben vermiethete Wohnung in einem dem Kläger gehörigen Hause verschulde, weil die von F. in Pfand genommenen Gegenstände von dem Miether in die Wohnung eingebracht seien. Das behauptete Vorzugsrecht wurde in 1. wie in 2. Instanz als begründet anerkannt. In den Gründen des Berufungsurtheils wird zunächst darauf hingewiesen, daß die Bestimmungen der CO. über Absonderung (§§ 39—45) durch § 11 des Einführungsgesetzes zur CO. vom 10. Febr. 1877 auch auf solche Pfand- und Vorzugsrechte in Anwendung gesetzt sind, welche schon vor dem 1. Octbr. 1879 erworben werden würden, sowie daß nach § 7 des preuß. Ausführungsgesetzes zur CO. vom 6. März 1879 die Vorschriften des § 41 der letzteren (zu welchem jener § 11 des Einführungsgesetzes sich nur als reichsgesetzliche Zusatzbestimmung darstelle) auch außerhalb des Concursverfahrens auf das Verhältniß der durch diese Vorschriften den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger zu andern Gläubigern des Schuldners entsprechende Anwendung finden. Dann wird fortgefahren:

„Die hiernach in Betracht kommenden Normen der CO. (§ 41 Ziff. 4) geben dem Vermiether wegen des rückständigen und laufenden Miethzinses in Ansehung der eingebrachten Sachen des Miethers ein Recht auf abgesonderte Befriedigung, welches dem Faustpfandrecht im Range gleichsteht. Ein gleiches Absonderungsrecht gewährt § 41 Ziff. 9 (vgl. § 709 der CPO.) dem Pfändungspfandgläubiger an den gepfändeten Sachen. Hiernach stehen jenes Vorzugsrecht und dieses Pfändungspfandrecht an und für sich einander gleich, und es entsteht daher, wenn die eingebrachten Sachen des Miethers später gepfändet werden, eine Collision beider Rechte. Wie dieselbe zu lösen, ist freilich in den Gesetzen nicht ausdrücklich zum Ausdruck gebracht worden, indessen darf schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht wohl bezweifelt werden, daß das ältere Recht dem jüngeren hier vorgehen muß. In dieser Beziehung kommt in Betracht, daß das klägerische Vorzugsrecht bereits — nach Klägers Darstellung — begründet und durch dieses das

Pfandbestellungen haben nun zwar das Eigenthümliche, daß ihre Anfechtbarkeit beruht in der unzulässigen Bevorzugung eines Gläubigers vor den anderen. Aber die auch zur Anfechtung dieser fraudulösen Rechtsgeschäfte gegebene Paulianische Klage ist an keine andern Voraussetzungen gebunden, als welche im Allgemeinen für dies Rechtsmittel erforderlich sind. Und es fehlt nicht bloß an äußeren, sondern auch an zureichenden inneren Gründen, um nicht auch hier zu unterscheiden zwischen Rechtsgeschäften, welche auf oneroſem oder auf lucrativem Rechtstitel beruhen, und nur für erstere eine Theilnahme an der fraudulösen Absicht des Pfandbestellers zu erfordern.

Von vorstehenden rechtlichen Gesichtspuncten aus kann die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nicht für begründet erachtet werden. Sie sucht freilich auszuführen: der Umstand, daß die Forderung der Klägerin zur Zeit der Pfandbestellung fällig war und Klägerin auf Zahlung oder Pfandbestellung drang, schließe die Annahme einer Liberalität rechtsgrundsätzlich aus; außerdem liege auch in der Fristgewinnung, welche der Schuldner durch die Sicherstellung erlange, die Gegenleistung des Gläubigers, und der Appell.-Richter habe also rechtsirrthümlich entschieden, indem er dessenungeachtet die angefochtene Pfandbestellung als eine solche angesehen, welche auch ohne Mitwissenschaft der Klägerin von der fraudulösen Absicht ihres Schuldners dem Paulianischen Rechtsmittel unterliege. Die Frage aber, ob nach den concreten Verhältnissen des einzelnen Falls in der Pfandbestellung ein oneroſes oder ein freigebiges Rechtsgeschäft zu erblicken ist, gehört dem der Nichtigkeitsbeschwerde verschlossenen thatsächlichen Gebiete an. Zwar haben Doctrin und Praxis (vgl. Seuffert Pandekten § 670 N. 23; Windscheid Pandekten 4. Aufl. § 463 N. 32; Seuffert Archiv Bd. 21 Nr. 187, Bd. 22 Nr. 286) sich mit der Frage beschäftigt, in welchen Fällen Pfandbestellungen als oneroſe, nicht ohne conscientia fraudis anfechtbare Rechtsgeschäfte aufzufassen seien. Aber so richtig auch die Betrachtungen, von denen sie ausgehen, im Allgemeinen erscheinen mögen, die Aufstellungen, zu denen sie gelangen, dürfen doch sicherlich nicht als Rechtsregeln behandelt werden, welche für den einzelnen Fall ohne Berücksichtigung der concreten Sachlage entscheidend werden müßten. Namentlich gilt dies auch von dem Fall, wenn die fraudulöse Pfandbestellung erfolgt für eine fällige Schuld auf Andrängen des Gläubigers unter Bewilligung einer Zahlungsfrist. Solange der Gläubiger noch Aussicht hat, durch Klagerhebung zur Befriedigung zu gelangen, bringt derselbe allerdings mit der Umwandlung der fälligen Forderung in eine betagte ein Opfer, welches unter Umständen für den Schuldner eine Gegenleistung von erheblichem Werth bilden kann. Aber ausgeschlossen ist es ja keineswegs, daß im einzelnen Fall die Verhältnisse umgekehrt so liegen, daß die Gewährung einer Zahlungsfrist für beide Theile ganz gleichgültig ist, ihr Interesse garnicht berührt und daher die ohne rechtliche Verpflichtung er-

bei dem Proceßgericht zum Proceßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt vor dem Proceßgericht erscheine und daselbst die Vertretung übertrage, und hat daher das Gesuch des Rechtsanwalts M., ihn auf Grund einer von dem Proceßbevollmächtigten der Berufungsbeklagten ihm ertheilten schriftlichen Substitutionsvollmacht als Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung über die Berufung der Klägerin zuzulassen, zurückgewiesen. Dieser Beschluß ist nicht gerechtfertigt, weil die ihm zu Grunde liegende Auffassung der Vorschriften in § 27 Abs. 2 a. a. O. nicht zu billigen ist.

Der Wortlaut des Gesetzes bietet für die Auffassung des OLG. keine Stütze, spricht vielmehr für die Ansicht der Beschwerdeführerin, daß eine Einführung des Vertreters durch den bei dem Proceßgericht angestellten Proceßbevollmächtigten nicht nothwendig sei, sondern daß die Uebertragung der Vertretung in der mündlichen Verhandlung auch schriftlich erfolgen könne. Nachdem in § 27 Abs. 1 der RAO., in Uebereinstimmung mit § 74 der CPO., der Satz aufgestellt ist, daß, insofern eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, nur ein beim Proceßgericht zugelassener Anwalt die Vertretung als Proceßbevollmächtigter übernehmen kann, wird in Abs. 2 für die mündliche Verhandlung eine Ausnahme gemacht, indem die Vertretung der Partei durch *jeden* Rechtsanwalt zugelassen wird „für den Fall, daß der bei dem Proceßgericht zum Proceßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt ihm die Vertretung überträgt". In welcher Weise und Form diese Uebertragung der Vertretung erfolgen soll, bestimmt das Gesetz nicht. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß dieselbe sowohl mündlich vor Gericht als schriftlich geschehen kann, weil beide Formen der Bevollmächtigung zulässig sind, die Bevollmächtigung durch schriftliche Vollmacht sogar die Regel bildet (§§ 76, 146 der CPO.). Wenn das OLG. darauf Gewicht legt, daß nach dem Wortlaut des § 27 Abs. 2 die Vertretung durch einen beim Proceßgericht nicht angestellten Anwalt nicht dann gestattet sei, wenn die Vertretung demselben durch den Proceßbevollmächtigten *vor* der mündlichen Verhandlung übertragen *war*, sondern in bezeichnender Weise nur für den Fall, daß der bei dem Proceßgericht zum Proceßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt ihm die Vertretung „*überträgt*", und hieraus folgert, daß der Uebertragungsact in derselben Verhandlung, bei welcher der nicht zugelassene Anwalt die Vertretung übernimmt, durch den gegenwärtigen Proceßbevollmächtigten vor dem Proceßgericht sich vollziehen müsse, so kann dieser Auffassung, welche dem Wort „überträgt" eine nicht gerechtfertigte Bedeutung beilegt, nicht beigetreten werden.

Es fehlt aber auch an sonstigen Gründen, welche die Ansicht des OLG. rechtfertigen. Soll der bei dem Proceßgericht nicht zugelassene Anwalt nicht die Vertretung der Partei in der mündlichen Verhandlung übernehmen, sondern nur die Ausführung der Parteirechte, so ist im Anwalts-

Eigenthumsrecht des Schuldners M. beschränkt war, als das Pfandrecht des Beklagten an den hier fraglichen Sachen zur Entstehung gelangte. Da nun Beklagter an den Sachen keine weiter gehenden Rechte erwerben konnte, als der Schuldner selbst besaß, so kann sein Pfandrecht auch nur so weit als wirksam anerkannt werden, als das klägerische Vorzugsrecht nicht entgegenstand. . . . Hierzu kommt, daß das Princip des Altersvorzugs beim Zusammentreffen von Pfand- und Hypothekenrechten unter sich in voller Geltung steht (const. 4 qui pot. in pign. 8. 18;. § 25 des hannoverschen Gesetzes v. 14. Decbr. 1864; § 709 Abs. 3, § 728 der CPO.). Die Analogie dieser Rechtssätze ist für den vorliegenden, ganz gleichartigen Fall um so mehr heranzuziehen, als zweifellos das Vorzugsrecht des Vermiethers aus dem gemeinrechtlichen Pfandrecht desselben hervorgegangen ist und hinsichtlich seiner Zweckbestimmung und thatsächlichen Wirkung von diesen in keinerlei Weise abweicht.

Uebrigens gewährt auch der § 710 der CPO., auf Grund dessen die Klage erhoben ist, einen indirecten Anhalt dafür, daß der Grundsatz der durch das Alter bestimmten Priorität hier mit Recht anzuwenden ist. Der citirte Paragraph setzt Ansprüche eines Dritten auf vorzugsweise Befriedigung gegenüber dem pfändenden Gläubiger voraus, obwohl ein dem Pfandrecht desselben im Range vorgehendes Recht des Dritten nirgends ausdrücklich statuirt ist. Die §§ 40, 41 der CO., 709 Abs. 2 der CPO. kennen bloß Rechte, welche mangels anderweit bestimmter Rangordnung mit dem Pfändungspfandrecht in thesi gleichstehend anzusehen sind; zu diesen gehört auch das Vorzugsrecht des Vermiethers. Wenn nun dennoch der § 710 der CPO. besser berechtigte Ansprüche anerkennt, so können diese nur auf dem Umstande beruhen, daß sie bereits begründet waren, als das concurrirende Pfandrecht durch die Pfändung zur Entstehung gelangte (vgl. v. Sarwey die CO. S. 316; Seuffert CPO. § 709 Anm. 2b a. E.) Ob zur Zeit der Pfändung die Miethforderung bereits vollständig fällig war oder nicht, ist ohne wesentliche Bedeutung, da § 41 Ziff. 4 der CO. das Vorzugsrecht auch wegen des laufenden Zinses gewährt und § 710 Abs. 1 der CPO. jenen Anspruch des Dritten auf vorzugsweise Befriedigung ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der Forderung anerkennt." . . .

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 11. März 1881 i. S. Frank w. Münter. W.

---

252. Uebertragung der Vertretung einer Partei an einen beim Proceßgericht nicht zugelassenen Anwalt.

Das OLG. geht davon aus, daß die Vertretung einer Partei durch einen bei dem Proceßgericht nicht zugelassenen Rechtsanwalt nach § 27 Abs. 2 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 voraussetze, daß der

besonderes Zutrauen haben, auch vor einem Gericht führen zu lassen, bei welchem dieser Rechtsanwalt nicht zugelassen ist und also nach dem in Abs. 1 aufgestellten Satze die Partei zu vertreten außer Stande sein würde. Allein es ist im Gesetz nicht zum Ausdruck gelangt, daß nur aus solchen, in der Sache liegenden Gründen eine Uebertragung der Vertretung der Partei in der mündlichen Verhandlung zulässig, dagegen ausgeschlossen sei in Fällen der persönlichen Verhinderung des Proceßbevollmächtigten. Das Gesetz gestattet vielmehr die Uebertragung der Vertretung in der mündlichen Verhandlung auf jeden Anwalt ganz allgemein, nicht etwa bloß auf Verlangen der Partei, und ist es daher nicht berechtigt, die Befugniß des Proceßbevollmächtigten zu beschränken oder indirect dadurch zu erschweren und unter Umständen auszuschließen, daß man den Proceßbevollmächtigten nöthigt, den Vertreter persönlich bei dem Proceßgericht einzuführen und vor demselben die Uebertragung der Vertretung vorzunehmen.

Die Annahme, daß es einer Einführung des Vertreters durch den Proceßbevollmächtigten nicht bedürfe, findet endlich auch Bestätigung in der Entstehungsgeschichte des § 27 Abs. 2 a. a. O.

Vgl. Drucksachen des deutschen Reichstags Session 1878 Nr. 5 S. 31 ff., 50; Commissionsbericht daselbst Nr. 173 S. 26 ff.; Hahn Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz Bd. 1 S. 509 ff., 540 ff.

Die Beschwerde erscheint daher begründet und war demgemäß der den Antrag des Rechtsanwalts M. auf Zulassung als Vertreter der Berufungsbeklagten zurückweisende Beschluß aufzuheben, vielmehr diesem Antrage stattzugeben.

Beschluß des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 14. Febr. 1881 in der preuß. (hessischen) Sache Suden w. Emde. St.

---

253. Der gerichtliche Sachverständige hat auch für die Reisen zu den Terminen Anspruch auf die im § 3 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878 bestimmte Vergütung.

Der Beschwerdeführer, Regierungs- und Landesökonomierath in Breslau, ist in einer Proceßsache nach einem Beschluß des OLG. in Breslau am 16. April 1880 in Bischdorf als Sachverständiger vernommen worden. Er hat für Zeitaufwand auf der Reise von Breslau zur Abwartung des Termins und zurück an 2 Tagen, sowie für Abwartung des Termins selbst 13 Stunden à 2 ℳ. = 26 ℳ. liquidirt. In Anlaß eines Monitums des Rechnungsrevisors hat das OLG. diese Liquidation nur zu dem Betrage von 8 ℳ. für gerechtfertigt erklärt und die Wiedereinziehung der zu viel erhobenen 18 ℳ. angeordnet. Gegen diese Verfügung ist die Beschwerde gerichtet.

proceß selbstredend die Anwesenheit des Proceßbevollmächtigten bei der mündlichen Verhandlung nothwendig; wird aber die Vertretung der Partei übertragen, so erscheint die Anwesenheit des Proceßbevollmächtigten überflüssig, weil alle seine Befugnisse für die mündliche Verhandlung auf den Vertreter übergehen. Wenn dementsprechend auch das OLG. nicht verlangt, daß der Proceßbevollmächtigte, nachdem er dem eingeführten Rechtsanwalt die Vertretung übertragen habe, neben demselben anwesend bleibe, so erscheint es auch nicht nothwendig und gerechtfertigt, lediglich zum Zweck der Uebertragung der Vertretung und Einführung des Vertreters das persönliche Erscheinen des Proceßbevollmächtigten zu verlangen. Eine consequente Durchführung des Princips der Localisirung der Anwaltschaft würde dahin führen, die Vertretung der Partei durch einen andern als einen bei dem betreffenden LG. oder OLG. zugelassenen Rechtsanwalt überhaupt auszuschließen und nur etwa zu gestatten, daß neben und unter steter Anwesenheit des Proceßbevollmächtigten ein anderer Anwalt die Ausführung der Parteirechte in der mündlichen Verhandlung übernehme. Nachdem aber dieses Princip in mehrfacher Beziehung durchbrochen worden, insbesondere durch § 27 Abs. 2 der RAO. gestattet ist, daß auch die Vertretung der Partei in der mündlichen Verhandlung in vollem Umfange jedem Rechtsanwalt von dem Proceßbevollmächtigten übertragen werde, ist nicht erfindlich, wie principiell darauf Gewicht gelegt werden könnte, daß die Uebertragung der Vertretung vor dem Proceßgericht durch den erschienenen Proceßbevollmächtigten geschehe. Ebensowenig von Bedeutung ist, daß, wie das OLG. hervorhebt, die Zulassung der Rechtsanwälte nach § 8 der RAO. bei einem bestimmten Gericht erfolgt, jedes höhere Gericht also regelmäßig nur mit den bei ihm zugelassenen Rechtsanwälten zu verkehren habe und insofern andere nicht kenne. Denn einestheils kann das Gericht von den bei den Gerichten zugelassenen Rechtsanwälten sich durch die amtlichen Bekanntmachungen Kunde verschaffen, andrerseits wird es, im Fall es über die Person des als Vertreter einer Partei auftretenden Rechtsanwalts oder seine Eigenschaft als solcher Zweifel hegt, die geeigneten Nachweisungen zu verlangen haben.

Wenn weiter geltend gemacht wird, daß im Fall der Zulassung der Uebertragung der Vertretung durch schriftliche Substitution eine so ausgedehnte Anwendung des § 27 Abs. 2 nicht nur über den Zweck dieser Bestimmung hinausgehen, sondern auch mit dem Geist der RAO. nicht zu vereinigen sein würde, so ist es zwar richtig, daß nach den Motiven die Bestimmung in Abs. 2 des § 27 vorzugsweise durch die Erwägung veranlaßt ist, daß es für die Parteien erwünscht und von besonderem Interesse sein könne, ihren Rechtsstreit durch einen Anwalt, welcher mit den in Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnissen oder mit den zur Anwendung kommenden Rechtsnormen besonders vertraut ist oder zu welchem sie

und Sachprüfungen", im § 3 des preuß. Gesetzes allgemein, auf Verlangen eine Vergütung nach dem üblichen bzw. gewöhnlichen Preise der Leistung zugestanden.

Wenn nun dem Sachverständigen für seine gerichtliche Thätigkeit eine gleiche Vergütung wie für eine für eine Privatperson ausgeführte Arbeit gewährt werden soll, so folgt hieraus, daß ihm auch der durch die Reisen zu einem Termin verursachte Zeitaufwand in gleicher Weise vergütet werden muß, wie die Dauer seiner Anwesenheit im Termin selbst, da bei einer für einen Privaten vorgenommenen Arbeit eine entsprechende Unterscheidung nicht gemacht wird. Daß dieses die Absicht des Gesetzes ist, wird auch anderweitig durch die Motive bestätigt. Es heißt übereinstimmend in den Motiven zu beiden Gesetzen: „Es empfiehlt sich deshalb, die Vergütung principaliter nach Maßgabe der erforderlichen Zeitversäumniß und der Erwerbsverhältnisse des Sachverständigen, ähnlich wie die Versäumnißgebühr der Zeugen zu bemessen." In den Motiven zu dem preuß. Gesetze folgt hierauf: „Die Berechnung der Gebühr nach Stunden gewährt den Vortheil, daß sie ohne Weiteres auch im Fall einer Reise angewandt werden kann." Dieser Satz ist in die Motive des Reichsgesetzes nicht aufgenommen. Dagegen findet sich wieder in den Motiven zu beiden Gesetzen der folgende Satz: „Der höchste Betrag der nach der Zeit zu gewährenden Vergütung ist anders und höher zu bestimmen als der Betrag der Versäumnißentschädigung des Zeugen u." Ferner ist in den Motiven zu dem preuß. Gesetze bemerkt:

„Die Nothwendigkeit einer Reise giebt den Zeugen und Sachverständigen einen weiteren Anspruch. — Zur Berechnung kommen auch solche Wege, welche der Zeuge oder Sachverständige zu der ihm aufgetragenen Information zurücklegen mußte. Die den Zeugen und Sachverständigen im Fall der Reise gebührende Entschädigung setzt sich zusammen aus der ihnen in jedem Fall gebührenden Entschädigung für Versäumniß und sachverständige Leistung und aus der Entschädigung für die Kosten der Reise. — Für Sachverständige werden die Vergeltung für die sachverständige Leistung und die Entschädigung für den Aufwand während der Reise sich im Wesentlichen in derselben Richtung bewegen. — Die völlige Gleichstellung der Zeugen und Sachverständigen bei diesen Entschädigungen (scil. für die Kosten der Beförderung und für den Aufwand während einer Reise) ist durch den Mangel jeden Grundes für eine Verschiedenheit geboten. Den Sachverständigen könnte nur dann eine höhere Entschädigung gewährt werden, wenn man annähme, daß sie für ihre sachverständige Leistung nicht anderweit vollständige Vergeltung erhielten."

Hieraus ergiebt sich, daß die Vergütung des Sachverständigen für seine Leistungen auch für die vorkommenden Reisen hat berechnet werden sollen. Daß dabei nicht etwa bloß an die Reisen zur Vorbereitung des Gutachters, sondern auch an die Reisen zum Termin gedacht worden ist, ergiebt sich schon daraus, daß die ersteren Reisen als ein Fall der Anwendung der Versäumnißentschädigung besonders erwähnt sind (verb. Zur Berechnung

Der § 378 der CPO. bestimmt: „Der Sachverständige hat nach A
der Gebührenordnung auf Entschädigung für Zeitversäumniß, auf Er
der ihm verursachten Kosten und außerdem auf angemessene Vergütun
Mühewaltung Anspruch.“ In Uebereinstimmung hiermit enthält die Ge
ordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878 § 3
folgende Vorschrift: „Der Sachverständige erhält für seine Leistungen ei
gütung nach Maßgabe der erforderlichen Zeitversäumniß im Betrage bis
auf jede angefangene Stunde.“ Daneben hat der Sachverständige A
auf Entschädigung für Reisekosten und für den durch die Abwesenh
dem Aufenthaltsorte entstandenen Aufwand (§ 6 der Gebührenor
wie ihm außerdem auch anderweitige Kosten zu ersetzen sind (§§ 3
Das OLG. bezieht nun den Ausdruck „Leistungen“ im § 3 Abs. 1
nur auf das „sachverständige Gutachten selbst“, wobei es übrigens d
Zeit berücksichtigen will, „welche der Sachverständige etwa zum Zw
Vorbereitung seines Gutachtens aufzuwenden gehabt hat“, und hält
unstatthaft, hierzu auch die Zeit zu rechnen, welche zur Ausführu
Reise zum Terminsort und zurück erforderlich ist. Die Bewilligun
Entschädigung für die letztere Zeit kann nach seiner Ansicht nur da
treten, wenn der Sachverständige, entsprechend der im § 2 der G
Zeugen getroffenen Vorschrift, den Nachweis führt, daß in der Th
Erwerbsversäumniß stattgefunden habe. Hiernach hat das OLG. i
liegenden Fall die Vergütung nach der Dauer des Termins berechnet.
Auslegung kann nicht beigetreten werden.

Die GO. vom 30. Juni 1878 schließt sich genau an das preuß
vom 1. Juli 1875 an; insbesondere entspricht auch die Vorschrift d
Abs. 1 der GO. wörtlich dem § 2 Abs. 1 des preuß. Gesetzes.
Gesetze beruhen auf dem Gedanken, daß den in einem gerichtlichen Ve
zugezogenen Sachverständigen grundsätzlich eine gleiche Vergütung
währen ist, wie in Privatangelegenheiten für eine solche Thätigkeit
wird. In den Motiven zu dem preuß. Gesetze ist ausgeführt, d
Entschädigung für Zeugen und Sachverständige nach verschiedenen
sätzen zu bemessen sei, weil der Zeuge als solcher nur eine all
Bürgerpflicht erfülle, der Sachverständige dagegen, wenn überhaup
deshalb, weil er die fragliche Kunst oder Wissenschaft zum Erwerbe
zur Abgabe eines Gutachtens verpflichtet sei. „Seine Leistung“ (
Sachverständigen), heißt es dann, „ist ihm daher als solche, als ei
Zweck des Erwerbs gemachte zu vergüten.“ — Ferner ist in den M
zu dem preußischen und in den zum Reichsgesetze wörtlich übereinst
bemerkt: „Dem Sachverständigen ist für seine Mühwaltung grundsätzl
gleiche Vergütung zu gewähren, wie wenn die Leistung außerhalb
gerichtlichen Verfahrens einem Privaten gemacht würde.“ Ausdrückl
dem Sachverständigen im § 4 der GO. „bei schwierigen Untersu

I. Civilrecht.

254. Ein auf Mißverständniß der Gesetze beruhender Gerichtsgebrauch erzeugt kein Gewohnheitsrecht.* — Unständige Servituten werden durch ordentliche Ersitzung erworben.**

*Vgl. Bd. 36 Nr. 186 mit Nachw. unter **. — **Vgl. Bd. 35 Nr. 7 mit Nachw.

Das frühere preuß. OTr. hatte einen uralten neuvorpommerschen Gerichtsgebrauch, wonach zur Erwerbung unständiger Servituten nicht die ordentliche Ersitzung genügte, sondern unvordenkliche Verjährung erfordert ward, für verbindlich erachtet, weil er nicht gegen klare Gesetze verstoße (Entsch. des OTr. Bd. 32 Nr. 47; Seuffert Archiv Bd. 34 Nr. 20). Neuerdings hat sich das Reichsgericht darüber folgendermaßen ausgesprochen:

Es liegt kein Grund vor, dem constanten Gerichtsgebrauch in Neuvorpommern eine höhere rechtserzeugende Kraft beizulegen als dem in anderen Ländern Deutschlands. Denn auch hier ist nicht nachweisbar, daß derselbe eine particuläre Rechtsüberzeugung zur Quelle habe, und davon ist auch das preuß. OTr. in seinen Entscheidungen nicht ausgegangen, sondern es hat angenommen, daß einem Gerichtsgebrauch, der nicht wider klare Gesetze verstoße, auch ohne daß derselbe gerade mit den Erfordernissen eines particulären Gewohnheitsrechts versehen zu sein brauche, nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts eine verbindende Kraft beigelegt werden müsse. Dieser Ansicht kann indeß nicht beigetreten werden, und es stehen ihr auch die Meinungen der hervorragendsten gemeinrechtlichen Autoritäten entgegen:

vgl. Savigny System Bd. 1 S. 149, 173; Puchta Gewohnheitsrecht Bd. 1 S. 169, Bd. 2 S. 18 und Pand. § 13; Windscheid Lehrbuch § 16; Unger System Bd. 1 S. 44; Wächter württemb. Recht Bd. 2 S. 42; Gerber deutsch. Privatr. § 30.

In der That würde auch der Grundsatz, daß ein lange Zeit hindurch festgehaltener Gerichtsgebrauch ohne Rücksicht darauf, ob er ein Gewohnheitsrecht documentire oder lediglich auf einem Mißverständniß der Gesetze beruhe, stets rechtsverbindlich werde, falls nicht die mißverstandenen Gesetze klar seien, jeden Einfluß des Fortschritts der Wissenschaft auf die Praxis ausschließen. Denn mag ein Gesetz auch noch so klar sein, so wird man immer in dem Umstande, daß es früher mißverstanden ist, den Beweis seiner

Unklarheit entnehmen, wie denn auch das preuß. OTr. in dem gedachten Erkenntniß ausgeführt hat, daß sich von dem eine bestimmte Alternative eines controversen Rechtssatzes annehmenden Gerichtsgebrauch niemals behaupten lasse, daß er gegen klare Gesetze verstoße. Damit wäre denn die Aenderung einer auf Rechtsirrthum beruhenden langen und constanten Praxis überhaupt ausgeschlossen, was gegen die klare Vorschrift des fr. 39 de legib. 1. 3 verstoßen würde: quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. Dieser Satz folgt aus der Natur der Sache, da eine Gewohnheit, welche erweislich lediglich die Folge eines Irrthums ist, nicht Ausdruck und Kennzeichen eines gemeinsamen Rechtswillens sein kann, auf welchem doch allein ihre rechtserzeugende Kraft beruht.

Daß aber der hier in Rede stehende Satz, es könnten unständige Servituten nur durch unvordenkliche Verjährung erworben werden, aus abweichenden deutschen Rechtsanschauungen erwachsen und auf Grund derselben unabhängig vom römischen Recht zuerst eingeführt sei, davon findet sich keine Spur. Vielmehr läßt sich wohl bei wenigen Rechtssätzen so überzeugend wie bei diesem nachweisen, daß er nicht unabhängig vom römischen Recht entstanden sein kann. Denn in Deutschland hat sich die ganze Lehre von den Servituten erst nach Einführung des römischen Rechts entwickelt und namentlich war hier früher die Unterscheidung von servitutes continuae und discontinuae ebenso unbekannt wie das Institut der unvordenklichen Verjährung. Man kannte überhaupt keinen Erwerb, sondern nur eine Erlöschung von Rechten durch Verjährung von Jahr und Tag (vgl. Gerber deutsch. Privatr. §§ 101 u. 144; Eichhorn Einleitung § 176). Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß der hier streitige Grundsatz in Deutschland überhaupt erst durch das römische Recht bekannt geworden ist und seine Einführung in die Praxis lediglich der gesetzlichen Autorität desselben verdankt. Die älteren gemeinrechtlichen Juristen berufen sich für denselben denn auch niemals auf ein deutsches Gewohnheitsrecht, sondern stets nur auf (ganz bestimmte) Stellen der römischen Gesetzbücher, namentlich auf fr. 14 pr. de servit. 8. 1, fr. 1 § 23 und fr. 2 pr., fr. 26 de aqua et aquae pluviae arc. 39. 3, fr. 3 § 4 de aqua quot. 43. 20. Auch ist es nicht gelungen, irgend eine Entscheidung des Tribunals zu Wismar zu ermitteln, welches sich auf ein particuläres Gewohnheitsrecht stützte; vielmehr erwähnt das bei Mevius decis. Vism. Pars IX decisio 164 mitgetheilte Erkenntniß jenes Gerichtshofs vom 4. März 1668 ohne irgend eine Andeutung des Daseins eines solchen Gewohnheitsrechts lediglich die gemeinrechtliche Controverse, und es wird der Ansicht, daß unvordenkliche Verjährung erforderlich sei, als der billigeren und von den meisten Juristen, sowie dem Reichskammergericht angenommenen der Vorzug gegeben. Diese Begründung beweist, daß dem Tribunal zu Wismar von einem deutschen Gewohnheits-

recht nichts bekannt gewesen sein kann, da solches sonst gewiß nicht unerwähnt geblieben sein würde.

Auf ein particuläres Gewohnheitsrecht (im Gegensatz zum gemeinen Recht) hat sich erst das spätere Appell.-Gericht in Greifswald bezogen, nachdem die Unrichtigkeit der bisherigen Auslegung der römischen Stellen in der Wissenschaft allgemeine Anerkennung gefunden hatte, eine Bezugnahme auf das gemeine Recht also nicht mehr möglich war. Jene Bezugnahme beruhte aber auf der irrthümlichen Annahme, daß ein Gewohnheitsrecht sich bereits gebildet habe, und es konnte daher durch die demnächst allerdings mit Bewußtsein vom römischen Recht abweichende andauernde Gerichtspraxis ein solches nicht entstehen.

Bilden hiernach die römischen Gesetze die alleinigen Normen für die Entscheidung der vorliegenden Frage, so darf auch nur deren wahrer Sinn maßgebend sein. Es ist aber gegenwärtig, namentlich seit den Ausführungen von Savigny Bd. 4 S. 498 ff., von der Wissenschaft so allgemein anerkannt, daß der hier in Rede stehende Rechtssatz durch die oben angeführten Stellen nicht nur keine Unterstützung findet, sondern im Gegentheil durch den klaren Ausspruch des von einer unständigen Servitut handelnden fr. 5 § 3 de itinere 43. 19 widerlegt wird, daß ein näheres Eingehen auf die Sache hier unterbleiben kann.

Erk. des Reichsgerichts (2. Hülfssen.) v. 28. Octbr. 1880 in einer preuß. (neuvorpommerschen) Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 211 ff.

---

255. Beweis der Mitgliedschaft an einer eingetragenen Genossenschaft durch das Auftreten als Vorstandsmitglied.

Vgl. Bd. 34 Nr. 178; Bd. 36 Nr. 3.

Indem der Appell.-Richter bei seiner Entscheidung davon ausgeht, der § 2 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 schreibe die Schrift nicht vor als ausschließliche Form für den Beitritt zur Genossenschaft, setzt er sich in Widerspruch mit der Ansicht des Reichsgerichts, wie sie in dem Bd. 1 S. 242 der Entsch. abgedruckten Urtheil vom 10. Januar 1880[1]) Ausdruck gefunden hat. Unter Festhaltung dieser Ansicht, zu deren Rechtfertigung auf den erwähnten Abdruck und die Entscheidung des ROHG. Bd. 23 S. 228 ff. Bezug genommen wird, war das angefochtene Erkenntniß zwar zu vernichten, in der Sache selbst aber aufrecht zu erhalten.

Mit Ausnahme des Beklagten H. sind sämmtliche übrige Imploranten ausweise der in 1. Instanz vorgelegten Gerichtsacten als Vorstandsmitglieder des Consumvereins zu O. in gerichtlichen Verhandlungen aufgetreten. Diese Handlung ersetzt zwar nicht den schriftlichen Beitritt zur Genossenschaft,

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 36 Nr. 3.

Unklarheit entnehmen, wie denn auch das preuß. OTr. in dem gedachten Erkenntniß ausgeführt hat, daß sich von dem eine bestimmte Alternative eines controversen Rechtssatzes annehmenden Gerichtsgebrauch niemals behaupten lasse, daß er gegen klare Gesetze verstoße. Damit wäre denn die Aenderung einer auf Rechtsirrthum beruhenden langen und constanten Praxis überhaupt ausgeschlossen, was gegen die klare Vorschrift des fr. 39 de legib. 1. 3 verstoßen würde: quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. Dieser Satz folgt aus der Natur der Sache, da eine Gewohnheit, welche erweislich lediglich die Folge eines Irrthums ist, nicht Ausdruck und Kennzeichen eines gemeinsamen Rechtswillens sein kann, auf welchem doch allein ihre rechtserzeugende Kraft beruht.

Daß aber der hier in Rede stehende Satz, es könnten unständige Servituten nur durch unvordenkliche Verjährung erworben werden, aus abweichenden deutschen Rechtsanschauungen erwachsen und auf Grund derselben unabhängig vom römischen Recht zuerst eingeführt sei, davon findet sich keine Spur. Vielmehr läßt sich wohl bei wenigen Rechtssätzen so überzeugend wie bei diesem nachweisen, daß er nicht unabhängig vom römischen Recht entstanden sein kann. Denn in Deutschland hat sich die ganze Lehre von den Servituten erst nach Einführung des römischen Rechts entwickelt und namentlich war hier früher die Unterscheidung von servitutes continuae und discontinuae ebenso unbekannt wie das Institut der unvordenklichen Verjährung. Man kannte überhaupt keinen Erwerb, sondern nur eine Erlöschung von Rechten durch Verjährung von Jahr und Tag (vgl. Gerber deutsch. Privatr. §§ 101 u. 144; Eichhorn Einleitung § 176). Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß der hier streitige Grundsatz in Deutschland überhaupt erst durch das römische Recht bekannt geworden ist und seine Einführung in die Praxis lediglich der gesetzlichen Autorität desselben verdankt. Die älteren gemeinrechtlichen Juristen berufen sich für denselben denn auch niemals auf ein deutsches Gewohnheitsrecht, sondern stets nur auf (ganz bestimmte) Stellen der römischen Gesetzbücher, namentlich auf fr. 14 pr. de servit. 8. 1, fr. 1 § 23 und fr. 2 pr., fr. 26 de aqua et aquae pluviae arc. 39. 3, fr. 3 § 4 de aqua quot. 43. 20. Auch ist es nicht gelungen, irgend eine Entscheidung des Tribunals zu Wismar zu ermitteln, welches sich auf ein particuläres Gewohnheitsrecht stützte; vielmehr erwähnt das bei Mevius decis. Vism. Pars IX decisio 164 mitgetheilte Erkenntniß jenes Gerichtshofs vom 4. März 1668 ohne irgend eine Andeutung des Daseins eines solchen Gewohnheitsrechts lediglich die gemeinrechtliche Controverse, und es wird der Ansicht, daß unvordenkliche Verjährung erforderlich sei, als der billigeren und von den meisten Juristen, sowie vom Reichskammergericht angenommenen der Vorzug gegeben. Diese Begründung beweist, daß dem Tribunal zu Wismar von einem deutschen Gewohnheits-

unbeschadet des Satzes, daß beispielsweise beim Verkauf von im Betrieb befindlichen oder doch zu solchem eingerichteten Fabriken ꝛc. oder mit Realberechtigungen versehenen Geschäftshäusern zum Zweck des Betriebs darin befindliche Maschinen u. dgl. als stillschweigend im Verkauf mit begriffen unter Umständen sehr wohl angesehen werden können, was insbesondere bei Mühlen u. dgl. hinsichtlich der darin befindlichen Triebwerke ziemlich unbestritten ist (s. auch das sächs. bürgerl. Gesetzbuch § 69 vgl. mit § 411). Auch die hiesige Rechtsprechung steht, soviel man hat finden können, auf demselben Standpunct; verneinten doch z. B. die Erkenntnisse des vormaligen Landesgerichts zu Wolfenbüttel v. 30. Octbr. 1832 und 5. Septbr. 1833 i. S. Schönherr w. Salomon die Pertinenzqualität von Branntweinbrennereigeräthen, auch der mit dem Gebäude fest verbundenen, selbst in einem Fall, wo im Subhastationspatent gesagt war, daß in dem zu subhastirenden Gebäude bisher die Branntweinbrennerei betrieben worden sei.

Berücksichtigt man nun, daß im vorliegenden Fall . . . weder das Proclam, welches als die Grundlage für den Ausschluß etwaiger dritter Berechtigter, mithin auch der Klägerin, ausschließlich anzusehen ist, noch das Adjudicationsdecret auch nur das Mindeste davon ersehen lassen, daß es sich um den Verkauf einer Fabrik, geschweige einer im Betrieb befindlichen Fabrik gehandelt hat, und daß, selbst wenn man dem in den Verkaufsbedingungen erwähnten „Verkauf in derzeitiger Beschaffenheit" einige Beziehung auf zur Zeit des Verkaufs mit den Gebäuden fest verbundene Gegenstände vindiciren wollte, Verkaufsbedingungen, zumal solche, welche nicht öffentlich bekannt gemacht sind, doch nur für das Verhältniß zwischen dem Subhastanten und dem demnächstigen Bieter oder Käufer von Bedeutung sind, nicht aber den rechtlichen Charakter einer Sache, welche an sich nicht Zubehör einer anderen Sache ist, zu verändern vermögen, so muß es sehr bezweifelt werden, daß die Klägerin zur Aufrechterhaltung ihres Anspruchs auf die streitige Dampfmaschine zu einer Anmeldung desselben im Subhastationstermin verpflichtet war, bzw. durch die daselbst ausgesprochene Präclusion hinsichtlich dieses Anspruchs berührt werden konnte." . . .

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 4. März 1881 i. S. Wolff w. Ahrens wegen Herausgabe einer Dampfmaschine.

In einem Erk. des 2. Senats desselben Gerichtshofes v. 26. Febr. 1881 (i. S. Tiegs w. den Tiegs'schen Concursverwalter) wurde gleichfalls ausgesprochen: daß gemeinrechtlich die zu einem Gewerbe- oder Fabrikbetrieb benutzten Maschinen und Geräthschaften, selbst wenn sie im Gebäude befestigt sind, nur dann als Zubehör des Hauses angesehen werden können, wenn das betreffende Gewerbe als Realgerechtsame mit dem Grundstück verbunden ist, nicht aber, wenn Jemand in einem Grundstück ein gewisses Gewerbe oder Geschäft nur für seine Person betreibt. D.

aber sie liefert denselben Beweis wie ein außergerichtliches Zugeständniß der Mitgliedschaft. Der dagegen anzutretende Gegenbeweis ist . . . mißlungen.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 13. April 1881 in der preuß. Sache Stumpe w. Briest. Wck.

---

256. Ueber die Pertinenzqualität von in Fabrikgebäuden eingemauerten Maschinen.

Vgl. Bd. 7 Nr. 286; Bd. 17 Nr. 207; Bd. 29 Nr. 5, 6; auch Bd. 12 Nr. 301; Bd. 18 Nr. 8; Bd. 33 Nr. 193; Bd. 34 Nr. 183.

„Das vorige Urtheil geht davon aus, daß die geklagte Dampfmaschine sammt Zubehör zwar nicht als eigentlich integrirender Theil des Gebäudes, in welchem sie zum Zweck des Fabrikbetriebs befestigt gewesen, wohl aber als Pertinenz desselben anzusehen sei, daß die Klägerin daher ihr (angebliches) Eigenthum an derselben nach der . . . ergangenen Edictalladung im Subhastationstermin habe anmelden müssen und somit durch den Ausschlußbescheid mit diesem Anspruch dem Beklagten als Käufer gegenüber präcludirt sei. Diese Entscheidung . . . würde ohne Zweifel zu billigen sein, wenn nicht die Annahme, daß die Dampfmaschine die Qualität einer Pertinenz desjenigen mitverkauften Hauses habe, in welchem sie sich befunden hat, ungeachtet dessen, was über die Art und Weise der Aufstellung und Befestigung derselben festgestellt ist, zu den erheblichsten Bedenken Veranlassung gäbe.

Sowohl bei den Rechtslehrern als in der Praxis herrscht vielmehr so gut wie völlige Uebereinstimmung darüber, daß zu einem Gewerbe- oder Fabrikbetriebe benutzte Maschinen den rechtlichen Charakter von Zubehörungen der Gebäude, in welchen sie aufgestellt und befestigt sind, nicht haben. Es mag in dieser Beziehung, abgesehen von dem Hauptschriftsteller in dieser Lehre (Funke die Lehre von den Pertinenzen, 1827 — dem die Meisten folgen) nur verwiesen werden auf

Gesterding Irrthümer S. 375 ff.; Heyne in Weiske's Rechtslexicon Bd. 7 S. 912 f.; Kierulff Civilrecht S. 331, 333; Sintenis Civilrecht Bd. 1 § 41 N. 46 u. 52; Stobbe deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 447 ff.; Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 61 N. 15

und hinsichtlich der Rechtsprechung insbesondere auf

Seuffert Archiv Bd. 29 Nr. 6; sächsische Ztschr. f. Rechtspflege N. F. Bd. 8 S. 250 f., Bd. 11 S. 289 f., Bd. 15 S. 181 ff., Bd. 16 S. 262 ff., Bd. 20 S. 380 f., Bd. 29 S. 244, 349 ff.; Rostocker Rechtsfälle 1. Forts. S. 138 ff. (wonach sich der Ausspruch in Seuffert Archiv Bd. 7 Nr. 286 modificirt), 2. Forts. S. 55 ff.

Namentlich tritt der unterzeichnete Gerichtshof den in dem münchener Erkenntniß (Seuffert Archiv Bd. 29 Nr. 6) in dieser Beziehung gegebenen Ausführungen durchaus bei. Doch gilt diese Regel selbstverständlich nur

Ansprüche bilden könne. Die Gesetzesstelle, welche die Vorinstanzen nach den angeführten Citaten im Auge hatten, ist die const. 3 commun. utriusque iud. 3. 38. — Nichtigkeitskläger gründet seine Beschwerde zunächst auf die unrichtige Anwendung dieser Gesetzesstelle.

Der Sinn dieser Stelle ist insofern streitig, als die Worte „perperam“ und „quod inaequaliter factum“ von einigen Rechtslehrern dahin aufgefaßt werden, daß außergerichtliche Theilungsverträge aus dem Titel des Irrthums nur wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden können, während andere, so namentlich Arndts Pand. § 320, Seuffert Pand. § 360, Glück Commentar Bd. 11 S. 93, der Ansicht sind, daß jede erhebliche Verkürzung zur Anfechtung berechtige. Es kann jedoch von dieser Controverse hier ganz abgesehen werden, denn dieselbe bezieht sich nur auf den Fall, wenn die Verletzung ihren Grund in einem unrichtigen Werthanschlage der Theilungsobjecte haben soll. Dieser Fall steht hier nicht in Frage, sondern es handelt sich lediglich um Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Anfechtung der Verträge wegen Irrthums. Daß aber ein die freie Willensbestimmung beeinträchtigender entschuldbarer Irrthum auch bei Theilungsverträgen einen wirksamen Anfechtungsgrund bildet, wird allgemein auch von denen, welche wegen unrichtiger Schätzung nur eine Verletzung über die Hälfte berücksichtigt wissen wollen, ausdrücklich anerkannt (vgl. Seuffert Archiv Bd. 12 Nr. 30 und die dort citirten Schriftsteller). Unter diesen allgemeinen Gesichtspunct aber fällt die Vertheidigung der Beklagten: daß eine wesentliche Grundlage des der Klage zu Grunde gelegten Theilungsvertrages, nämlich der Rechnungsabschluß über das Gesellschaftsvermögen, in Folge fehlerhafter Summirung der nachher bei Theilung der Erbmasse auf die Beklagten überwiesenen Forderungen unrichtig sei.

Mit Recht hat auch das Berufungsgericht den von dem Kläger versuchten Modus, diese Abgänge an der Activmasse zu vertheilen, als unrichtig erachtet, weil dabei nicht berücksichtigt ist, daß Kläger nicht bloß als Miterbe, sondern zugleich in Beziehung auf die Ausscheidung der Erbmasse von dem Gesellschaftsvermögen als Gegencontrahent in Betracht kommt, und daher, um bemessen zu können, welche Quote von den Abgängen des vertheilten Vermögens auf den Kläger trifft, vor Allem bekannt sein müßte, nach welchem Verhältniß dieser an dem Gesellschaftsvermögen betheiligt ist. Dieser Punct wurde nicht aufgeklärt . . ., und ist deshalb die Klage mit Recht insolange als nicht statthaft erachtet worden, als nicht der Theilungsvertrag berichtigt ist.

Beschwerdeführer behauptet weiter eine Verletzung des fr. 9 § 3 u. 4 de hered. inst. 28. 5, weil hierin bezeugt sei, daß der Irrthum über einen einzelnen Punct den Consens im Uebrigen bestehen lasse und ein Rechnungsirrthum lediglich zu einer der Differenz entsprechenden Minderung der

257. Anfechtung eines Theilungsvertrages wegen Irrthums.

Vgl. Bd. 12 Nr. 30 mit Nachw.

August K. hatte mit seiner Mutter ein Weinhandlungsgeschäft betrieben. Nach Ableben der Letzteren schloß derselbe mit seinen sieben Geschwistern außergerichtlich einen Erbtheilungsvertrag. Eine Hauptgrundlage desselben bildete ein in dem Vertrage erwähnter Rechnungsabschluß über das bisher gemeinsam betriebene Handlungsgeschäft, weil auf Grund desselben die Antheile der Erbmasse einerseits und des August K. als Geschäftstheilhabers andrerseits an dem Vermögen der durch den Tod der Mutter aufgelösten Handelsgesellschaft festgestellt wurden. Nach Maßgabe dieses Vertrages sollten u. A. die Miterben Max und Bernhard K. an den August K. 12728 ℳ baar auszahlen, wogegen sie aus der Erbmasse bestimmte Forderungen im angeblichen Gesammtbetrage von gleichfalls 12728 ℳ überwiesen erhielten.

Bei Verhandlung der demnächst von August K. auf Grund des Vertrages gegen Max und Bernhard K. erhobenen Klage auf Zahlung ergab sich, wie nicht bestritten ist, daß die Summe der den Beklagten auf Grund jenes Rechnungsabschlusses zugewiesenen Activausstände in Folge Calculverstoßes um 2606 ℳ weniger als berechnet betrug. Aus dieser Thatsache schöpften die Beklagten den Einwand, daß die Klage zur Zeit und so lange nicht statthaft sei, als nicht die Erbtheilung mit Rücksicht auf die bezeichneten Masseabgänge richtig gestellt sei. Kläger glaubte dem Einwande dadurch zu begegnen, daß er diesen Ausfall an der Erbmasse gleichheitlich auf die acht Erben vertheilte und demgemäß die eingeklagte Summe um den Betrag des auf ihn, den Kläger, treffenden achten Theils jenes Ausfalls minderte. Gleichwohl wurde die Klage von den Instanzgerichten abgewiesen und auch die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen, im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

„Das Berufungsgericht hat in Uebereinstimmung mit dem Erstrichter den Einwand der Beklagten als begründet und nicht durch das Anerbieten des Klägers, die Klagsumme in der angegebenen Weise zu mindern, für beseitigt erachtet, und zwar wesentlich aus dem Grunde, weil durch den unbestrittenen Rechnungsverstoß bezüglich der den Beklagten stipulirten Gegenleistung ein Hauptfactor des in dem Vertrage erwähnten Rechnungsabschlusses, hiermit aber letzterer selbst alterirt werde, und demzufolge, weil der Rechnungsabschluß die Grundlage für die Erbtheilung mit bilde, das Erbtheilungsgeschäft nicht mehr geeignet sei, als Basis für die gegenwärtige Klage zu dienen, nach gemeinrechtlicher Bestimmung aber eine außergerichtliche Erbtheilung, wenn dabei ein Irrthum untergelaufen und hierdurch ein Miterbe in seinem vermögensrechtlichen Interesse verkürzt ist, vor ihrer Richtigstellung durch die Interessenten nicht die Grundlage klagbarer

samkeit des Vertrags habe abhängen sollen, nicht auf einer unrichtigen Auffassung der const. 17 cit. beruht. Denn der Berufungsrichter stellt durch Beurtheilung und Würdigung der als glaubwürdig anzusehenden Angaben des Zeugen F. über die zwischen den Parteien stattgehabten mündlichen Verhandlungen fest, daß die Absicht der Contrahenten dahin gegangen sei, durch den vorbehaltenen notariellen Vertrag nicht bloß diejenigen Puncte, über welche des Näheren unter ihnen noch nicht verhandelt und eine Einigung noch nicht erzielt worden, sondern auch diejenigen, über welche sie sich bereits geeinigt hatten, also das ganze Vertragsverhältniß, zu regeln, und folgert, unter Zugrundelegung dieser thatsächlich festgestellten Absicht der Contrahenten, nach Anleitung der const. 17 cit., daß die notarielle Ausfertigung des Vertrags nicht nur den Beweis des Vertrags habe liefern, sondern daß davon die rechtliche Wirksamkeit desselben habe abhängen sollen. Der Berufungsrichter geht also von der richtigen Auffassung der const. 17 aus, und es ist, unter Zugrundelegung seiner thatsächlichen Feststellung über den Willen der Contrahenten, die getroffene Entscheidung auch richtig.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 20. Mai 1881 i. S. Thies w. Schnakenberg. St.

---

259. Protestatio facto contraria.

Vgl. Bd. 3 Nr. 76 N. 1, Nr. 315; Bd. 14 Nr. 146; Bd. 22 Nr. 108; Bd. 26 Nr. 142.

. . . „Es kann nicht zugegeben werden, daß in der in Frage stehenden Ablehnung fernerer Zahlungen eine protestatio facto contraria zu erblicken ist.

Nachdem von dem Erblasser der Beklagten die dem Kläger durch den formlosen Act vom 1. Juli 1868 ausgesetzte rente viagère, mit Ausnahme der nahe vor seinem Tode fällig gewordenen Rente vom Jahre 1876, regelmäßig berichtigt war, haben dessen Erben nach Einsicht jenes Documents zwar die rückständige Rate bezahlt, damit aber die briefliche Erklärung verbunden, daß sie ein Weiteres nicht zahlen würden. Nach der Natur dieses Rechtsbegriffs liegt aber eine protestatio facto contraria nur vor, wenn die Handlung keine andere Auslegung zuläßt als gerade die, welche durch den begleitenden Vorbehalt abgelehnt wird. Eine Theilleistung mit Ablehnung jeder ferneren Leistung enthält daher regelmäßig an und für sich keinen Widerspruch in sich. Dies gilt noch mehr bei successiv fällig werdenden Verpflichtungen, z. B. bei lebenslänglichen Jahresrenten; die einmalige Zahlung einer solchen enthält nicht nothwendig das Anerkenntniß, zu gleichen Zahlungen für die Folgezeit verpflichtet zu sein, da sie auf zahlreichen anderen Motiven beruhen kann, auf Pietät und Liberalität, auf der Meinung, zwar zu dieser, aber zu keiner ferneren Leistung verpflichtet zu

Quote, nicht aber zu einer Aufhebung des ganzen Vertrages führe. ... Allein diese Digestenstellen passen nicht auf den gegebenen Fall, weil sie nicht von Verträgen, sondern von Testamenten handeln und einfach die Bestimmung enthalten, daß, wenn der Verfasser des Testaments oder auch der Testator selbst irrigerweise eine höhere Summe, als er wirklich zuwenden will, geschrieben hat, die Verfügung auf die gewollte geringere Summe zu Recht bestehen solle[1])."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 28. Febr. 1881. HV. Nr. 5829.

v. L.

---

258. Die const. 17 de fide instrum. 4. 21 ist nicht als eine durch die Civilproceßordnung aufgehobene Beweisregel anzusehen.

Vgl. Bd. 36 Nr. 19 mit Nachw.

Die von den Revisionsklägern gerügte Verletzung der const. 17 de fide instr. 4. 21 durch unrichtige Auffassung, event. Mißanwendung ist nicht vorhanden. Die Ansicht, daß die const. 17 cit. lediglich eine Beweisregel enthalte und durch die Vorschriften der CPO. aufgehoben sei, ist nicht zutreffend. Die in der const. 17 cit. sich findende Bestimmung ist allerdings nicht dahin zu verstehen, daß die Verbindlichkeit eines mündlich zum vollkommenen Abschluß gebrachten Vertrags durch die unter den Contrahenten getroffene Verabredung, daß derselbe schriftlich abgefaßt werden solle, stets von der Errichtung und Unterschrift der Vertragsurkunde abhängig sei, also eine gesetzliche Vermuthung dafür enthalte, daß die Perfection des Vertrags erst mit der schriftlichen Ausfertigung des Vertrages eintrete, sondern dahin, daß im einzelnen Fall der ausdrücklich ausgesprochene oder aus den Umständen mit Sicherheit zu entnehmende Wille der Contrahenten dafür maßgebend sei, ob durch die verabredete schriftliche Abfassung des Vertrags derselbe erst habe zum Abschluß gebracht oder nur ein Beweismittel für den bereits mündlich abgeschlossenen Vertrag habe geschaffen werden sollen. Wenngleich nun in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urtheils zur Widerlegung der Ansicht des Zeugen F., daß der Vertrag perfect geworden sei, gesagt wird: „seine Annahme, daß die Parteien an die mündliche Abmachung gebunden sein wollten, ist willkürlich und der gesetzlichen Vermuthung zuwider", so ergiebt doch der übrige Inhalt der Entscheidungsgründe, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts, wonach der zwischen den Parteien verabredete Vertrag als nicht perfect geworden anzusehen sei, weil anzunehmen, daß die vereinbarte notarielle Ausfertigung desselben nicht nur den Beweis desselben habe liefern, sondern von deren Aufnahme die rechtliche Wirk-

[1]) Vgl. Windscheid Pand. § 76 N. 8, § 77 a. E. und N. 3; Seuffert Archiv Bd. 18 Nr. 34, Bd. 17 Nr. 22.

und bis zur vollständigen Ausführung der von S. übernommenen, aber nicht ausgeführten Arbeiten zu benutzen. Daraus, daß dieser Anspruch der Beklagten in dem im Vorproceß ergangenen Urtheil verworfen ist, folgt nicht, daß die Beklagte schon vor dem Beginn des Vorprocesses das Bewußtsein ihres Unrechts gehabt habe. War die Beklagte aber redliche Besitzerin, so kann Kläger nicht Ersatz des vor der Zustellung der Klage im Vorproceß ihm entgangenen Gewinns fordern, und es kann unerörtert bleiben, ob, wie von namhaften Rechtslehrern behauptet wird, ein solcher Anspruch selbst gegen den unredlichen Besitzer vor dem Proceß nicht begründet ist.

Dazu kommt, daß ein Causalnexus zwischen dem angeblich dem Kläger entgangenen Gewinn und der Vorenthaltung des Werkzeugs seitens der Beklagten nicht als bestehend anzunehmen ist, da, wenngleich der Beschädigte der Regel nach positive Handlungen zur Abwendung oder Verminderung des Schadens nicht vorzunehmen verpflichtet ist, diese Regel doch dann eine Ausnahme erleidet, wenn der Beschädigte dasjenige unterläßt, was jeder verständige Mann an seiner Stelle zu dem angegebenen Zweck thun würde, und im vorliegenden Fall angenommen werden darf, daß kein verständiger Mensch unter den vom Kläger behaupteten Voraussetzungen Jahre lang völlig unthätig geblieben sein würde, um sodann entgangenen Gewinn zu liquidiren, statt sich das zu seinem Geschäftsbetrieb nöthige Werkzeug anzuschaffen und dann ev. den Ersatz der durch die Anschaffung neuen Werkzeugs erwachsenen Mehrausgaben zu verlangen. Hiernach ist der Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns für den Zeitraum vom 9. November 1875 bis 1. November 1877 mit Recht abgewiesen worden."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 8. Decbr. 1880 in einer frankfurter Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 201 ff.

---

261. Actio negatoria auf Beseitigung eines von dem früheren Eigenthümer gestatteten thatsächlichen Eingriffs in das Eigenthum?

Die 1. Instanz hat den Beklagten verurtheilt, die fragliche Erdaufschüttung zu beseitigen und dem Kläger den durch dieselbe ihm erwachsenen Schaden zu ersetzen, und die 2. Instanz hat diese Entscheidung, unter Beschränkung der letzteren Entscheidung auf den seit der Klagezustellung erwachsenen Schaden, bestätigt, indem sie deducirt: die von dem Beklagten auf den jetzt dem Kläger gehörigen Garten aufgeschüttete Erdmasse bilde eine thatsächliche Verletzung des klägerischen Eigenthums; dem Beklagten stehe ein dingliches Recht an dem klägerischen Garten dahin, daß diese Erdaufschüttung daselbst geduldet werden müsse, nicht zu, und wenn die Behauptungen des Beklagten im Uebrigen nur darauf hinauskämen, daß die Eigenthumsvorgänger des Klägers ihm gestattet hätten, diese Erdmasse auf ihren Garten aufzuschütten und daselbst lagern zu lassen, so sei der

sein, u. s. w.; ein Vorbehalt für die Zukunft ist in solchen Fällen logisch zulässig und folglich wirksam. Die Beklagten können mithin durch die von ihnen zugestandene Zahlung der Rente pro 1876, da sie unter Protest wegen der Zukunft erfolgt ist, nicht verhindert sein, die ihnen gegen fernere Ansprüche des Klägers aus dem Documente vom 1. Juli 1868 zuständigen Rechtsbehelfe noch gegenwärtig geltend zu machen."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 28. Jan. 1881 i. S. Brisgen w. Steinbeck u. Cons. wegen Forderung. D.

---

260. Der gutgläubige Vindicationsbeklagte haftet für entgangenen Gewinn erst nach Beginn des Processes.* — Causalnexus zwischen Vorenthaltung der Sache und dem entgangenen Gewinn.**

*Vgl. Bd. 12 Nr. 126; Bd. 14 Nr. 11. — **Vgl. Bd. 31 Nr. 16 mit Nachw.

Die Eisenbahndirection zu F. nahm, als der Bauunternehmer S. die von ihr übernommenen Arbeiten nicht ausführte, desfälliger Abmachung gemäß, das von demselben benutzte Arbeitsgeräth an sich. Darunter befand sich Werkzeug, welches Kläger dem S. geliehen hatte, und als seine außergerichtlichen Aufforderungen an die Eisenbahndirection zur Herausgabe dieses Werkzeugs an ihn vergeblich blieben, klagte er im November 1877 gegen dieselbe auf Herausgabe unter Vorbehalt seiner Schadensersatzansprüche. Nachdem er in diesem Proceß obgesiegt, erhob er eine zweite Klage gegen die Direction auf Ersatz des ihm durch Vorenthaltung des Werkzeugs seit seiner ersten Mahnung (9. Novbr. 1875) entgangenen Gewinns. In 2. Instanz ist ihm ein Ersatzanspruch indeß nur für die Zeit nach Zustellung der Klage des Vorprocesses (1. Novbr. 1877) zugesprochen und die hiergegen gerichtete Oberappellation des Klägers aus folgenden Gründen verworfen worden:

„Da die Parteien in keinem obligatorischen Verhältniß stehen, vielmehr die Beklagte nur als Besitzerin des dem Kläger eigenthümlich gehörenden Werkzeugs von dem Kläger auf dessen (inzwischen erfolgte) Herausgabe und auf Ersatz des dem Kläger angeblich durch die Vorenthaltung des Werkzeugs entgangenen Gewinns im Betrage von 890 ℳ in Anspruch genommen ist, so genügt zur Begründung dieses Anspruchs nicht, daß Kläger die Beklagte durch Aufforderung zur Herausgabe in Verzug gesetzt hat, vielmehr hängt der Umfang der Nebenforderungen des Vindicationsklägers davon ab, ob die Vindicationsbeklagte redliche oder unredliche Besitzerin ist. Daß die Beklagte unredliche Besitzerin gewesen, ist nach Lage der Sache nicht anzunehmen, folgt namentlich aus dem Schreiben, womit der Kläger die Beklagte zur Herausgabe des Werkzeugs aufforderte, um so weniger, als die Beklagte auf Grund des mit S. geschlossenen Vertrages das Recht in Anspruch nimmt, das streitige Werkzeug in Besitz zu nehmen

262. Bei Dienstbarkeiten bildet nicht ein einzelner Bestandtheil des Grundstücks, sondern dieses als Ganzes das praedium dominans.* Zur Ersitzung einer Servitut wird nicht gerade der Wille, ein Recht an einer fremden Sache zu haben, erfordert.**

*(Vgl. Bd. 14 Nr. 12; Bd. 17 Nr. 11; Bd. 18 Nr. 18; Bd. 28 Nr. 109; auch Bd. 11 Nr. 214; Bd. 31 Nr. 74 und Bd. 36 Nr. 265). **Vgl. Bd. 35 Nr. 101 mit Nachw.

Kläger behauptet, daß er durch Kauf von dem Vorbesitzer des dem Beklagten gehörigen anstoßenden Hofraumes eine Grundfläche erworben habe, auf welcher er vor Jahren einen zu seinem Wohnhause gehörigen Abtritt mit Grube angelegt habe; gleichzeitig sei in jenem Kaufvertrage die Berechtigung constituirt worden, den Abtritt über den Hofraum des Nachbarn entleeren zu dürfen. Diese letztere Berechtigung war streitig geworden. Vom Beklagten wurde der confessorisch geltend gemachte Anspruch auf dieselbe u. A. deshalb als unbegründet bezeichnet, weil jener Kaufvertrag dem betreffenden Statutarrechte entgegen nur außergerichtlich abgeschlossen worden war. Durch Urtheil des Berufungsgerichts wurde die Klage abgewiesen, da Kläger aus letzterem Grunde niemals Eigenthümer noch Usucapionsbesitzer der Grundfläche geworden sei, auf welcher sich Abtritt mit Grube befinden, weshalb er auch zum Vortheil dieser Grundfläche und der hierauf errichteten Anlagen keine Servitutrechte habe erwerben können. Diese Entscheidung wurde oberstrichterlich aus folgenden Erwägungen aufgehoben:

„Die Ausführung des Berufungsrichters ist irrig, weil ihre thatsächliche Voraussetzung: daß für die fraglichen Servitutrechte die Grundfläche der Anlage und letztere selbst als herrschendes Grundstück erscheine, eine unrichtige ist. Unbestritten ist nämlich Kläger Besitzer und Eigenthümer des Hauses Nr. 330 in K. und befindet sich in solchem nach Inhalt der Klage und nach Ausweis der vorliegenden Pläne der Abtritt, welcher nebst der an solchen anstoßenden Grube im Jahre 1850 auf dem ihm von dem Besitzvorfahren des Beklagten angeblich überlassenen Grund und Boden errichtet worden sein soll. Die ganze Anlage erscheint demnach als ein Bestandtheil, als eine Zugehörung des Hauses Nr. 330 und bildet mit diesem ein Ganzes. Indem nun Kläger in seiner Klage als Besitzer des Hauses Nr. 330 auftritt, muß auch angenommen werden, daß er in dieser seiner Eigenschaft den Anspruch auf die in der Klage bezeichnete Dienstbarkeit erhebt und als Eigenthümer dieses Anwesens sich zugesprochen wissen will. Als herrschendes Grundstück bezüglich dieser Dienstbarkeit erscheint daher nicht, wie Berufungsrichter irrthümlich annahm, die Grundfläche und die Anlage, welche auf solcher errichtet wurde, sondern das Anwesen Haus Nr. 330 selbst, da nur diesem bzw. seinem jeweiligen Besitzer die beanspruchte Servitut einen Vortheil gewähren kann, und eine Servitut nicht an einem

Theil, sondern an dem ganzen Grundstück, welches der Träger dieses Rechts ist, haftet. Wenn deshalb in der Klage angeführt ist, wie Kläger Eigenthümer der Grundfläche und der auf solcher errichteten Anlage geworden sei, so bezeichnet er hierbei dieselbe doch niemals als das Rechtssubject der von ihm beanspruchten Servitut, sondern sucht nur nachzuweisen, wie beides, Anlage und Grund und Boden, Bestandtheile seines Hauses geworden seien. Muß aber das Haus Nr. 330 als das herrschende Grundstück erachtet werden, so erscheint die vom Berufungsrichter gebilligte Abweisung der Klage aus dem dafür angeführten Grunde nicht gerechtfertigt.

Es fragt sich weiter, ob nicht dem Kläger nach dessen thatsächlichen Behauptungen wenigstens das Recht zusteht, die streitige Anlage iure servitutis auf fremdem Grund und Boden zu haben. Denn wenn diese Frage zu bejahen ist, so erscheint der Kläger als Eigenthümer des herrschenden Anwesens zur Erhebung der Klage auf Anerkennung der Servitut bezüglich Entleerung der Grube legitimirt.

Der 1. Richter hat bereits diese Frage geprüft, solche jedoch um deswillen verneint, weil zur Erwerbung einer derartigen Dienstbarkeit eine bestimmte Willensrichtung vorliegen müsse, welche im gegebenen Fall ausgeschlossen sei, da sich Kläger fortwährend für den Eigenthümer der Anlage und der Bodenfläche, auf welcher sie errichtet wurde, gehalten habe. Dieser Rechtsanschauung kann jedoch nicht beigetreten werden. Nach der neueren Doctrin und Praxis ist anerkannt, daß zur Ersitzung einer Servitut nicht gerade der Wille, ein Recht an einer fremden Sache zu haben, gehöre, sondern daß schon der Wille genüge, ein eigenes Recht auszuüben, selbst wenn dieser Wille auf der irrigen Meinung des Ausübenden beruhe, Eigenthümer der betreffenden Sache zu sein. Diese Ansicht muß im Hinblick auf fr. 25 quemadm. serv. 28. 6, fr. 7 de itin. 43. 19 und fr. 1 § 19 de aqua quot. 43. 20 um so mehr als richtig erachtet werden, als in dem Eigenthum alle jene Befugnisse, welche von demselben abgelöst als iura in re aliena vorkommen, vereint enthalten sind und daher die Qualität des Eigenthumsbesitzes und jene des Servitutbesitzes sich nicht geradezu ausschließen (Windscheid Pand. Bd. 1 § 163 Note 6).

Falls demnach dem Kläger auch nur das Recht zusteht, die Anlage iure servitutis zu haben, und derselbe in Folge dessen zur Erhebung der Klage auf Anerkennung der von ihm beanspruchten Dienstbarkeit als legitimirt erachtet werden muß, wäre dann weiter zu prüfen, ob Kläger diese Dienstbarkeit auch wirklich durch Ersitzung, wie von ihm behauptet wurde, erworben habe." . . .

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 7. April 1881. HV. Nr. 5844.

v. L.

263. Befugniß des Forsteigenthümers, die Einhaltung bestimmter Tage für die Ausübung einer Streulaubberechtigung vorzuschreiben.

Vgl. Bd. 27 Nr. 209 mit Nachw.

Die Eingesessenen der Dorfschaft B. haben das Recht, das für die Bewirthschaftung ihrer Colonate nöthige Streulaub aus den umliegenden, nicht in Hainung liegenden herrschaftlichen Forsten zu entnehmen. Die fürstliche Forstdirection zu D. belangte die Gemeinde B. mit dem Antrage, dieselbe schuldig zu erkennen, die Ausübung jener Streulaubberechtigung auf die für das Leseholzsammeln in den fraglichen Waldungen regulativmäßig festgesetzten sog. Holztage (wöchentlich drei) zu beschränken, indem geltend gemacht wurde, daß ohne Beobachtung solcher Beschränkung die erforderliche Aufsicht seitens der fürstlichen Forstbeamten über die Ausübung der Streulaubgerechtigkeit nicht genügend wahrgenommen werden könne, somit jene Beschränkung zu einer pfleglichen Ausübung des Rechts nothwendig sei.

In den beiden ersten Instanzen ward die Klage als nicht begründet zurückgewiesen, dagegen auf die Oberappellation der Klägerin abändernd erkannt. Aus den Gründen:

„Das Verlangen der Klägerin, daß die Beklagten bei Ausübung ihres Rechts bestimmte Tage einhalten sollen, um der Klägerin eine ausreichende Aufsicht über das Laubholen zu ermöglichen, muß als rechtlich begründet angesehen werden nach der anerkannten Vorschrift, servitutische Rechte civiliter, mit möglichst geringer Belästigung des Grundeigenthümers, zu exerciren, in Verbindung mit der Art, wie damit insoweit übereinstimmend die Befugnisse des Forstherrn gegenüber den an Waldungen Servitutberechtigten in Deutschland sich ausgebildet und gestaltet haben. Darnach steht zwar die Forsthoheit oder Landesforstpolizei, d. h. das Recht, im öffentlichen Interesse zur Erhaltung sämmtlicher Forsten eines Landes Gesetze zu erlassen und die obere Aufsicht zu üben, nur der Staatsgewalt zu, und auf ein Gesetz oder einen Erlaß der fürstlichen Landesregierung, zufolge dessen das Laubsammeln nur an den Holztagen geschehen dürfe, hat die Klägerin sich nicht zu berufen vermocht. Daneben hat jedoch der Forsteigenthümer als solcher die Befugniß, in Ermangelung besonderer beschränkender Bestimmungen und, insoweit nicht schon durch allgemeine Forstordnungen darüber etwas vorgesehen ist, zum Schutze und zu ordnungsmäßiger Cultur seiner speciellen Forsten, insbesondere gegenüber den an diesen Forsten Berechtigten, gewisse Anordnungen zu treffen, über deren Rechtmäßigkeit allerdings, da solche Befugniß einen Ausfluß seines privatrechtlichen Forsteigenthums bildet, im einzelnen Fall die Gerichte zu entscheiden haben. In dieser Hinsicht ist es namentlich anerkannt, daß der Forstherr durch Anlegung von Schonungen, Besamungen junger Schläge,

durch Bestimmung einer zu beobachtenden Reihenfolge der einzelnen Forstörter u. s. w. die Ausübung einer Waldweidegerechtigkeit in örtlicher Beziehung dem wirthschaftlichen Bedürfniß des Waldes entsprechend einschränken kann.

v. Holzschuher Theorie u. Casuistik II. S. 165 (3. Aufl.); Beseler deutsch. Privatr 3. Aufl. § 198; Seuffert Archiv Bd. 1 Nr. 13, 182.

Nach demselben Grundsatz muß aber auch dem Forstherrn das Recht zugesprochen werden, der Ausübung einer Waldnutzungsgerechtigkeit in zeitlicher Beziehung zu dem Zweck gewisse Grenzen zu setzen, damit neben jener Ausübung die Erhaltung der Forsten fortbestehen könne. Daß nun die Ausübung einer Waldstreulaubberechtigung, soll sie nicht nach und nach den Ruin des Waldes herbeiführen, nicht anders als unter angemessener Aufsicht seitens des Forstherrn stattfinden darf, unterliegt keinem Zweifel. Alsdann aber muß derselbe auch für befugt gelten, in dem Fall, daß er solche Aufsicht bei fortwährender Ausübung der Berechtigung entweder garnicht oder doch nur mit unverhältnißmäßigen Schwierigkeiten und Opfern zu exerciren im Stande ist, eine Einschränkung der Ausübung auf bestimmte Zeiten, z. B. auf die Tageszeit im Gegensatz zur Nachtzeit, oder auf bestimmte einzelne Wochentage zu verlangen, vorausgesetzt, daß auch bei Einhaltung dieser zeitlichen Grenzen den Berechtigten der volle Bezug des ihnen Zukommenden ohne erhebliche, ihnen dadurch entstehende Belästigung gewahrt bleibt, worüber im einzelnen Fall, sowohl was die Lage des Forstherrn als die der Nutzungsberechtigten anlangt, das richterliche Ermessen nach dem Grundsatz der Billigkeit zu befinden haben wird. . . . In vorliegender Sache sind die Behauptungen für thatsächlich genügend substantiirt zu halten, welche die Klägerin einestheils darüber aufgestellt hat, daß ihrerseits die zur Conservation der Forsten nothwendige Aufsicht über das Laubsammeln der Beklagten bei Nichteinhaltung der wöchentlichen drei Holztage ohne unverhältnißmäßige, einer geregelten Forstwirthschaft entgegentretende Schwierigkeiten nicht geführt werden, anderntheils darüber, daß das Bedürfniß der berechtigten Colonate auch bei Einhaltung der Holztage vollständig und ohne erhebliche Belästigung der Berechtigten durch die Ausübung des Rechts gedeckt werden könne." . . .

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 23. Decbr. 1880 i. S. fürstliche Forstdirection in Detmold w. die Vorsteher der Dorfschaft Brakelsiek W.

---

264. Inwiefern wird bei der Ersitzung einer Servitut die Rechtsausübungsabsicht dadurch ausgeschlossen, daß wegen der durch Ausübung der Servitut verursachten Schäden zu Zeiten Entschädigung geleistet ist?

Der Klage, welche auf Ersatz desjenigen Schadens gerichtet war, der durch Dämpfe von einer der beklagten Communionverwaltung zugehörigen

hütte dem Kläger im Jahr 1878 an dessen Früchten zugefügt sein sollte, war die Einrede entgegengesetzt, daß der bezüglichen Hütte eine durch Ersitzung bzw. unvordenkliche Verjährung erworbene servitus fumi immittendi gegen die klägerischen Grundstücke zustehe. Nachdem in 1. Instanz auf Beweis dieser Einrede erkannt war, wurde dieselbe in 2. Instanz schon aus dem Grunde verworfen, weil die erforderliche Rechtsausübungsabsicht der Beklagten dadurch ausgeschlossen sei, daß sie eingeräumtermaßen dem Kläger für derartige Schäden, jedenfalls im Jahre 1877, Entschädigung geleistet habe. In der Revisionsinstanz wurde jedoch die erste Entscheidung in diesem Punct aus folgenden Gründen wiederhergestellt:

„Die eingestandene Thatsache, daß Beklagte den in Frage stehenden Schaden für das Jahr 1877 habe ersetzen lassen, kann nur als Gegenbeweisargument oder als vereinzelter Vermuthungsgrund dafür in Betracht kommen, daß die Beamten der Beklagten bei Vornahme der fraglichen Immissionen den erforderlichen animus iuris exercendi nicht gehabt haben. Als Vermuthungsgrund für den Mangel einer solchen Absicht ist aber jene alleinstehende und in Beziehung auf Anlaß, maßgebend gewesene Motive u. s. w. zur Zeit noch nicht aufgeklärte Thatsache nicht dringent und sicher genug, um schon jetzt einen, jede weitere Beweisführung überflüssig machenden, vollen Gegenbeweis begründen zu können. Dieselbe hat im Wesentlichen nur die Bedeutung eines conträren und nicht die eines contradictorischen Gegenindiciums, schließt also die Annahme des Gegentheils des zu Beweisenden (wie solches z. B. beim Alibibeweise im Strafprozeß der Fall ist) nicht mit zwingender Nothwendigkeit aus und ist jedenfalls in der ganz allgemeinen und unbestimmten Haltung, in der sie zur Zeit noch auftritt, eine durch nichts weiter unterstützte mehrdeutige Thatsache. Um Letzteres gehörig ermessen zu können, braucht man nur die von der Beklagten in ihrer Revisionsschrift angedeuteten beiden Möglichkeiten ins Auge zu fassen: daß die Beschädigungen, für welche Ersatz geleistet worden ist, durch besondere Vorkommnisse auf den Hüttenwerken veranlaßt worden sind, oder daß Beklagte, weil sie schon der Geringfügigkeit der Sache wegen deren gütliche Erledigung für rathsam hielt, für das Mal lediglich aus gutem Willen Ersatz geleistet hat. Der Rückschluß von jener Thatsache der Ersatzleistung auf das Nichtsein des animus juris exercendi muß aber um so mißlicher erscheinen, als es dem Richter in Fällen der gegebenen Art nicht etwa (wie der Vorrichter anzunehmen scheint) auf die Erforschung einer aus Rechtsregeln zu abstrahirenden, hypothetisch-muthmaßlichen, sondern auf die Ermittelung einer der Wirklichkeit entsprechenden, wahren Willensmeinung ankommen kann.

Noch weniger läßt aber jene zugestandene Thatsache einen einigermaßen sicheren Rückschluß darauf zu, daß die geltend zu machenden Besitzausübungshandlungen (wenn auch nur für das betreffende eine Jahr) fehlerhaft

gewesen, insbesondere vi, clam oder precario vorgenommen worden seien, zumal unter gewaltsamem Besitz nur derjenige verstanden werden kann, der gegen ausdrücklich oder thatsächlich interponirten Einspruch (prohibitio) ausgeübt wird, unter heimlichem aber nur ein solcher, welcher animo celandi in einer Art und Weise ausgeübt wird, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks keine Kenntniß davon erlangen soll (fr. 1 §§ 5—10. fr. 2, 3 pr. § 1, fr. 20 pr. § 1 quod vi aut clam 43. 24), während der gedachte dritte Besitzfehler voraussetzt, daß dem Präscribirenden die Ausübung des betreffenden Quasibesitzes nur bittweise, tam diu, quamdiu is qui concessit, patitur, gestattet worden ist (fr. 1 pr. de precario 43. 26)." . . .

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 18. März 1881 i. S. Hage w. die königl. preuß. u. herzogl. braunschweigische Communion zu Oker wegen Schadensersatzes. D.

---

265. Zeitdauer der Servituten-Ersitzung, wenn das Grundstück im Miteigenthume Mehrerer steht, von denen der Eine als anwesend, der Andere als abwesend anzusehen ist — angewandt auf ein zwischen zwei Staaten gemeinschaftliches Communionsgebiet. — Wird durch ein obsiegliches Urtheil in dem Negatorienstreit mit einem von mehreren Miteigenthümern des angeblich herrschenden Grundstücks auch gegen die übrigen Miteigenthümer Rechtskraft bewirkt?*

*Vgl. Bd. 31 Nr. 74; auch Bd. 12 Nr. 12; Bd. 19 Nr. 80.

Die königl. preuß. und die herzogl. braunschweigische Verwaltung der zu Oker — früher in Communions-, jetzt in einseitig braunschweigischem Gebiet gelegen — im Betrieb befindlichen, beiden Regierungen gemeinschaftlichen Hüttenwerke wurde von einem Einwohner zu H. auf Entschädigung wegen desjenigen Schadens gerichtlich in Anspruch genommen, welcher durch Hüttenrauch im Jahr 1878 an den auf seinen im braunschweigischen Territorium belegenen Grundstücken gezogenen Früchten entstanden sein sollte. Die beklagten Verwaltungen, die königl. Berghauptmannschaft zu Clausthal — im Preußischen — und die herzogl. Kammer, Direction der Bergwerke in Braunschweig, beriefen sich auf eine sei es durch unvordenkliche Zeit, sei es durch ordentliche Ersitzung erworbene servitus fumi immittendi, worüber auch auf Beweis erkannt wurde. Dabei kam hinsichtlich des zur ordentlichen Ersitzung erforderlichen Zeitraums in Frage, welchen Einfluß der Umstand habe, daß die eine der verklagten Verwaltungen bzw. Miteigenthümer der angeblich herrschenden Grundstücke ihren Sitz im Inlande, die andere im Auslande hatte. Die Entscheidung der 1. Instanz, in welcher für die beiden beklagten Behörden verschiedene Zeiträume (10 und 20 Jahre) erfordert waren, wurde in der

3. Instanz dahin abgeändert, daß ohne Unterschied nur eine zwanzigjährige Ersitzung für ausreichend erachtet ist. In den Gründen heißt es:

„Prädialservituten sind als untheilbare Rechte an Grundstücken einer theilweisen Ersitzung nicht fähig, auch nicht einmal in dem Sinn, daß sie im Verhältniß zu einzelnen Miteigenthümern des herrschenden Grundstücks als erworben, im Verhältnisse zu anderen aber als nicht erworben betrachtet werden könnten. Dieselben können deshalb von mehreren Miteigenthümern des letztern immer nur einheitlich erworben werden. Daraus folgt aber für den Verjährungserwerb, daß die den Quasibesitz ausmachenden Besitzausübungshandlungen der Miteigenthümer, um das volle, ungetheilte Servitutrecht zur Entstehung zu bringen, nach Inhalt und Dauer völlig homogen sein und sich als Bestandtheile desselben Erwerbsacts zu einem einheitlichen Ganzen gestalten müssen. Unter solchen Umständen kann die bezüglich der erforderlichen Verjährungszeit aufgeworfene Frage noch näher dahin präcisirt werden: ob das zum Erwerb der fraglichen servitus fumi immittendi zu erfordernde longum tempus beiden verklagten Behörden gegenüber entweder auf einen zwanzigjährigen oder auf irgend einen kürzeren und namentlich einen zehnjährigen Zeitraum zu bestimmen sei.

Aus dem in Pauli rec. sent. V. 2 § 3, const. 12 de praescr. long. temp. 7. 33 sehr dürftig vorliegenden Quellenmaterial ergiebt sich im Allgemeinen so viel, daß der eigentliche Rechtsgrund für die inter absentes statuirte Verdoppelung der Verjährungsfrist auf der in Folge der Abwesenheit eintretenden Erschwerung der Rechtsverfolgung, oder m. a. W. darauf beruht, daß es einem Eigenthümer von Liegenschaften leichter ist, Attentate auf sein Grundeigenthum im Rechtswege abzuwehren, wenn der zu Belangende mit ihm denselben höheren Gerichtsstellen unterworfen ist, als wenn er dem Letztern nach fremden Gerichten folgen muß. Dementsprechend heißt es denn auch z. B. bei Perez ad leg. 12 cit.: Cur absentibus concedatur longius tempus, quam praesentibus, ratio est, quod hi rebus suis adesse easque a possessoribus revocare possunt vitius, illi non item. Es fragt sich nun, ob jener allgemein anerkannte Rechtsgrund auch in dem hier fraglichen Fall zutreffe, ob zur Abwehr des hier seitens der Beklagten prätendirten Servitutenrechts — insbesondere mittels der actio negatoria — auch ein solches Rechtssubject mit gerichtlich zu belangen gewesen sein würde, welches, wie die königl. preuß. Berghauptmannschaft zu Clausthal, mit dem im Herzogthum Braunschweig wohnenden Kläger nicht in demselben Obergerichtsbezirk domicilirt war. Es fragt sich insbesondere, ob nicht etwa schon die Erhebung eines Negatorienprocesses gegen die mit dem Kläger in einem OGBezirk domicilirte herzogl. Kammer, Direction der Bergwerke, vollkommen ausgereicht haben würde, jede anmaßliche Beschränkung des klägerischen Eigenthums durch Dampfimmissionen abzuwehren — eine Frage, deren Bejahung keinem

gegründeten Zweifel unterliegen könnte, wenn ohne Weiteres davon ausgegangen werden dürfte, daß die in einem Negatorienstreit gegen einen von mehreren Miteigenthümern ergangene rechtskräftige Entscheidung ohne Weiteres auch res judicata gegen alle übrigen, nicht mit belangt gewesenen Miteigenthümer mache. Obwohl diese, vorzugsweise auf fr. 4 § 3 si serv. vind. 8. 5 gestützte Ansicht namhafte Auctoritäten, wie

Cujacius ad leg. 4 cit.; v. Savigny System Bd. 6 S. 480; Wetzell System des ord. Civilprocesses § 47 bei N. 30; Duncker im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. 5 S. 74; Heimbach im Rechtslexicon Bd. 11 S. 865

für sich hat, so entspricht doch die gegentheilige, besonders von

Westphal de libert. et serv. praed. § 972 u. 978; Glück Pand. Bd. 10 S. 236; Göschen Vorles. I. S. 517[1])

vertretene Meinung, wonach die Rechtskraft derartiger Entscheidungen nur auf die als Proceßparteien aufgetretenen Personen beschränkt bleiben soll, dem beschränkten Wortlaut der maßgebenden Gesetzesstellen wie auch überhaupt dem Sinn und Geist des röm. Rechts am Meisten.

Das fr. 4 §§ 3 u. 4 cit. handelt bloß von der Confessorienklage und statuirt auch nur den Satz, daß solche Klage wegen Untheilbarkeit der Servituten in solidum gehe (in solidum competit actio). Von der Wirkung des Urtheils gegen die nicht mit aufgetretenen condomini ist darin überall keine Rede. Wenn es in der Stelle heißt: „et victoria et aliis proderit", so hat damit nur gesagt sein können, daß, wenn ein confessorisch klagender dominus obsiege, dies Urtheil auch den übrigen condominis zu Statten kommen solle. Es ist das aber eine specielle Ausnahme von der fundamentalen Rechtsregel „res judicata jus facit inter partes", und da Ausnahmen von der Regel strict zu interpretiren sind, so muß jener quellenmäßige Satz auf den Fall des Obsiegs des confessorisch klagenden condominus beschränkt bleiben. Die für die erstgedachte Ansicht sonst noch in Bezug genommenen Gesetzesstellen, wie fr. 1 § 5 de arbor. caed. 43. 27, fr. 31 § 7 de negot. gest. 3. 5, fr. 25 §§ 9 u. 10. famil. herc. 10. 2, fr. 19 si serv. vind 8. 5 sagen entweder ganz genau dasselbe, wie fr. 4 §§ 3 u. 4 cit., oder haben, indem sie in die Lehre von der negotiorum gestio, dem dolus malus ꝛc. einschlagen, eine ganz andere materiellrechtliche Beziehung.

Bedurfte es nun aber diesem Allem zufolge zur wirksamen Abwehr des von der verklagten Communion prätendirten Servitutenrechts der Anstellung eines Negatorienprocesses gegen beide jetzt als Beklagte in Anspruch genommene Behörden, also auch namentlich eines gerichtlichen Vorgehens gegen die in einem andern deutschen Bundesstaat und somit in einem andern OGBezirke domicilirte königl. Berghauptmannschaft in

[1]) S. ferner u. A. Windscheid Pand. Bd. 1 § 132 Anm. 5, 6; Seuffert Archiv Bd. 31 Nr. 74. (D.)

Clausthal, so waren damit die Bedingungen einer disceptatio causae inter absentes im Sinn der const. 12 cit. gegeben, und war daher der zum Erwerb einer servitus fumi immittendi zu erfordernde Zeitraum schlechthin auf die Dauer von 20 Jahren zu bestimmen. Uebrigens würde im gegebenen Fall, in welchem die verklagten beiden Behörden den hier fraglichen, auf gemeinschaftlichen Veranstaltungen derselben beruhenden, untheilbaren Turbativacten gegenüber gewissermaßen als ein einheitliches Rechtssubject zu gelten haben, schon die Analogie des fr. 10 pr. quemadm. servit. amitt. 8. 6 zu der Annahme haben führen müssen, daß es zur ausnahmslosen Statuirung eines dem Kläger vortheilhaften zwanzigjährigen Verjährungszeitraums für hinreichend gehalten werden muß, wenn Letzterer wegen anzunehmender absentia nur einem der betreffenden beiden Communionsinteressenten gegenüber privilegirt erscheine.

Noch einfacher gestaltet sich übrigens die Sache rücksichtlich desjenigen Theils der Verjährungszeit, welcher noch vor die erst am 1. Januar 1875 erfolgte Auflösung der zwischen Hannover, später Preußen, einer- und Braunschweig andererseits von Alters her bestandenen sog. unterharzischen Bergcommunion fällt. Da das Communionsgebiet einen unter beiderseitiger Landeshoheit stehenden, politisch selbständigen Gebietstheil mit einer in letzterem domicilirten Verwaltung ausgemacht hat und deshalb auch der einseitig braunschweigischen bzw. hannoverischen, nachmals preußischen Justizhoheit niemals unterworfen gewesen ist, so erscheint es vollkommen gerechtfertigt, dasselbe in Fragen der hier gegebenen Art selbst demjenigen Nachbarstaat gegenüber, von dessen Territorium es ganz oder theilweise eingeschlossen wird, als Ausland, und deren beiderseitige Angehörige als nicht unter derselben höheren Gerichtsbarkeit stehend anzusehen. Diese Auffassung kann auch nicht dadurch alterirt werden, daß in Angelegenheiten der Communion und deren Eingesessenen die in den Sondergebieten der beiden condomini bestehenden höheren Landesgerichte, und zwar in Jahren mit geraden Zahlen die des vormaligen Königreichs Hannover und in denen mit ungeraden Zahlen die des Herzogthums Braunschweig, die oberen Instanzen zu bilden hatten: denn bei dem häufigen Wechsel dieser auf Staatsverträgen beruhenden Gerichtsbarkeit und der dadurch herbeigeführten Ungewißheit, ob ein demnächst zu erhebender Rechtsstreit vor dem einen oder anderen der betreffenden höheren Gerichte zum Austrag kommen werde, konnte bezüglich der letzteren von einer eigentlichen Gerichtsgehörigkeit der Communion und einer dadurch im Verhältniß zu den Angehörigen der betreffenden beiden Sonderstaaten, wenn auch nur vorübergehend begründeten Gerichtsgemeinschaft nicht wohl die Rede sein."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 18. März 1881 i. S. Hage w. die königl. preuß. u. herzogl. braunschweigische Communion zu Oker wegen Schadensersatzes. D.

266. Verpfändung gemeinschaftlicher Sachen durch einen Miteigenth

Vgl. Bd. 10 Nr. 236.

Das OLG. hatte seiner Entscheidung den Satz zu Grunde daß ein Miteigenthümer an der ihm zuständigen ideellen Hälfte der schaft auch ohne Zustimmung des anderen Miteigenthümers mit wirksamkeit eine Hypothek bestellen könne.

Die gegen diese Anschauung erhobene Beschwerde wurde oberstri aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Die Beschwerde wird hauptsächlich damit zu begründen gesu schon nach gemeinem Recht ein Miteigenthümer nur befugt sei, üb ihm als solchem selbständig zustehende Recht auf seinen Antheil Erträgnissen, auf Theilung und unschädlichen, bestimmungsgemäßen G der gemeinschaftlichen Sache einseitig zu verfügen; nicht aber über meinschaftliche Sache einseitig eine Handlung vorzunehmen, wodu als Ganzes ergriffen wird, also insbesondere nicht, einem Dritten theilbares dingliches Recht an der Sache einzuräumen, und daß a bayrischem Hypothekenrecht diese Beschränkung des Miteigenthümer finden müsse. — Hierauf ist Folgendes zu bemerken: Daß nach g Recht der einzelne Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Sache üb ideellen Antheil an dieser selbständige rechtliche Verfügungen tre denselben unabhängig von dem Willen seiner Gemeinschaftsgenos bloß veräußern, sondern auch verpfänden könne, ist in den Quellen schiedenen Stellen (vgl. const. 3 de comm. rer. alien. 4. 52; comm. div. 3. 37; const. un. si comm. 8. 21; fr. 6 § 8 comm 10. 3; fr. 7 § 4 quib. mod. pign. 20. 6 u. s. w.) so klar und anerkannt, daß darüber ein Zweifel nicht bestehen kann. Die Fol solchen Verpfändung des ideellen Antheils einer Sache durch ei Miteigenthümer kann allerdings sein, daß die ganze gemeins Sache gegen den Willen der übrigen Theilhaber veräußert wird; Gläubiger, dem der Antheil verpfändet wurde, im Fall seiner Nic digung durch den Schuldner befugt ist, gegen die Gemeinschafts des Letzteren die Theilungsklage behufs der Versteigerung der geme lichen Sache zu erheben (vgl. const. 2 comm. div. 3. 37; fr. 7 § comm. divid. 10. 3; Seuffert Archiv Bd. 10 Nr. 236). Daß d Einfluß, den diese möglicherweise eintretende Wirkung der Verp eines ideellen Sachenantheils auf den Verkaufswerth des Anth Gemeinschaftsgenossen des Verpfänders äußern kann, bei dem G eines selbständigen Rechtsobjects, den ein solcher Antheil hat, nicht ist, die Zulässigkeit der Verpfändung auszuschließen, zeigt das Gesetz es diese unbedingt anerkennt.

ber auch eine Verletzung der Bestimmungen des bayr. Hypotheken-
liegt nicht vor" (was sodann des Weiteren ausgeführt wird).
eil des obersten LG. f. Bayern v. 22. März 1881. Nr. I. 31/80.
v. L.

Fortbestand des Pfandrechts für eine Forderung, wenn zwar dieselbe
, die Zahlung aber mit dem paulianischen Rechtsmittel erfolgreich
angefochten und zurückgewährt ist [1]).

uf die paulianische Klage des Concursverwalters in dem (nach dem
Verfahren behandelten) Concurse des X. wurde die B. verurtheilt,
ż vor dem Concurse vom Gemeinschuldner erhaltene Zahlung eines
ekwechsels vom 15. September 1873 zur Masse zurückzugewähren.
eldete jetzt nachträglich die Forderung aus dem ihr zurückgegebenen
ekwechsel im Concurse an und der Güterpfleger wurde, unter Ver-
g seiner aus dem inzwischen erfolgten Ablauf der Proclamsfrist ent-
nen Einrede der Präclusion, verurtheilt, den angemeldeten Anspruch
ennen. Im Prioritätsurtheil wurde demnächst die Forderung der
die Klasse der Hypothekarier nach dem Alter des Hypothekwechsels
Diese Locirung ist von der Klägerin, welche mit Forderungen aus
n Hypothekwechseln (vom Mai 1875) der B. nachlocirt ist, an-
n worden, indem sie der Ansicht ist, daß die Hypothek der B. durch
: dem Concurse erhaltene Zahlung erloschen sei und erloschen ge-
sei. Diese Klage ist indeß in allen Instanzen abgewiesen worden.
ichterlich wurde ausgesprochen:
Daß ursprünglich der Beklagten wegen des größeren Alters ihrer
ek die Priorität vor der Klägerin gebührte, ist außer Zweifel und
Es fragt sich nur, ob und welche Änderung hierin der Umstand
eführt hat, daß die Forderung der Beklagten vor der Concurseröff-
urch Zahlung getilgt, daß aber die Zahlung mit der paulianischen
mit Erfolg angefochten ist, und daß die Beklagte das, was sie gezahlt
ı, zur Concursmasse zurückgezahlt hat. Nach fr. 10 § 22 quae in
n credit. 42. 8 kann darüber kein Zweifel obwalten, daß, nachdem
klagte in dem paulianischen Rechtsstreit unterlegen, ihre Forderung
ıdig wieder aufgelebt ist, ac si liberatio facta non esset. — Dieses
erwähnt allerdings nicht speciell der zur Sicherung der durch Zahlung
n Forderung bestellten Pfandrechte. Ein Zurückgehen auf die das
en der Pfandrechte im Allgemeinen betreffenden gesetzlichen Bestim-
ı führt aber zu dem Ergebnisse, daß auch die zur Sicherung der
n Forderung bestellten Pfandrechte in dem Fragefall fortbestehen.
lgemeinen besteht der Grundsatz, daß durch die Tilgung einer For-

---

[1]) CO. § 22; §§ 1, 8 des Reichsgesetz. v. 21. Juli 1879 betr. die Anfechtung von
chtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Concursverfahrens.

266. Verpfändung gemeinschaftlicher Sachen durch einen Miteigenthümer.

Vgl. Bd. 10 Nr. 236.

Das OLG. hatte seiner Entscheidung den Satz zu Grunde gelegt, daß ein Miteigenthümer an der ihm zuständigen ideellen Hälfte der Liegenschaft auch ohne Zustimmung des anderen Miteigenthümers mit Rechtswirksamkeit eine Hypothek bestellen könne.

Die gegen diese Anschauung erhobene Beschwerde wurde oberstrichterlich aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Die Beschwerde wird hauptsächlich damit zu begründen gesucht, daß schon nach gemeinem Recht ein Miteigenthümer nur befugt sei, über das ihm als solchem selbständig zustehende Recht auf seinen Antheil an den Erträgnissen, auf Theilung und unschädlichen, bestimmungsgemäßen Gebrauch der gemeinschaftlichen Sache einseitig zu verfügen; nicht aber über die gemeinschaftliche Sache einseitig eine Handlung vorzunehmen, wodurch jene als Ganzes ergriffen wird, also insbesondere nicht, einem Dritten ein untheilbares dingliches Recht an der Sache einzuräumen, und daß auch nach bayrischem Hypothekenrecht diese Beschränkung des Miteigenthümers stattfinden müsse. — Hierauf ist Folgendes zu bemerken: Daß nach gemeinem Recht der einzelne Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Sache über seinen ideellen Antheil an dieser selbständige rechtliche Verfügungen treffen und denselben unabhängig von dem Willen seiner Gemeinschaftsgenossen nicht bloß veräußern, sondern auch verpfänden könne, ist in den Quellen an verschiedenen Stellen (vgl. const. 3 de comm. rer. alien. 4. 52; const. 2 comm. div. 3. 37; const. un. si comm. 8. 21; fr. 6 § 8 comm. divid. 10. 3; fr. 7 § 4 quib. mod. pign. 20. 6 u. s. w.) so klar und bestimmt anerkannt, daß darüber ein Zweifel nicht bestehen kann. Die Folge einer solchen Verpfändung des ideellen Antheils einer Sache durch einen der Miteigenthümer kann allerdings sein, daß die ganze gemeinschaftliche Sache gegen den Willen der übrigen Theilhaber veräußert wird; da der Gläubiger, dem der Antheil verpfändet wurde, im Fall seiner Nichtbefriedigung durch den Schuldner befugt ist, gegen die Gemeinschaftsgenossen des Letzteren die Theilungsklage behufs der Versteigerung der gemeinschaftlichen Sache zu erheben (vgl. const. 2 comm. div. 3. 37; fr. 7 §§ 6, 13 comm. divid. 10. 3; Seuffert Archiv Bd. 10 Nr. 236). Daß aber der Einfluß, den diese möglicherweise eintretende Wirkung der Verpfändung eines ideellen Sachenantheils auf den Verkaufswerth des Antheils des Gemeinschaftsgenossen des Verpfänders äußern kann, bei dem Charakter eines selbständigen Rechtsobjects, den ein solcher Antheil hat, nicht geeignet ist, die Zulässigkeit der Verpfändung auszuschließen, zeigt das Gesetz, indem es diese unbedingt anerkennt.

Aber auch eine Verletzung der Bestimmungen des bayr. Hypothekenrechts liegt nicht vor" (was sodann des Weiteren ausgeführt wird).

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 22. März 1881. Nr. I. 31/80.

v. L.

---

267. Fortbestand des Pfandrechts für eine Forderung, wenn zwar dieselbe bezahlt, die Zahlung aber mit dem paulianischen Rechtsmittel erfolgreich angefochten und zurückgewährt ist [1]).

Auf die paulianische Klage des Concursverwalters in dem (nach dem alten Verfahren behandelten) Concurse des X. wurde die B. verurtheilt, die kurz vor dem Concurse vom Gemeinschuldner erhaltene Zahlung eines Hypothekwechsels vom 15. September 1873 zur Masse zurückzugewähren. Sie meldete jetzt nachträglich die Forderung aus dem ihr zurückgegebenen Hypothekwechsel im Concurse an und der Güterpfleger wurde, unter Verwerfung seiner aus dem inzwischen erfolgten Ablauf der Proclamsfrist entnommenen Einrede der Präclusion, verurtheilt, den angemeldeten Anspruch anzuerkennen. Im Prioritätsurtheil wurde demnächst die Forderung der B. in die Klasse der Hypothekarier nach dem Alter des Hypothekwechsels locirt. Diese Locirung ist von der Klägerin, welche mit Forderungen aus jüngeren Hypothekwechseln (vom Mai 1875) der B. nachlocirt ist, angefochten worden, indem sie der Ansicht ist, daß die Hypothek der B. durch die vor dem Concurse erhaltene Zahlung erloschen sei und erloschen geblieben sei. Diese Klage ist indeß in allen Instanzen abgewiesen worden. Höchstrichterlich wurde ausgesprochen:

„Daß ursprünglich der Beklagten wegen des größeren Alters ihrer Hypothek die Priorität vor der Klägerin gebührte, ist außer Zweifel und Streit. Es fragt sich nur, ob und welche Änderung hierin der Umstand herbeigeführt hat, daß die Forderung der Beklagten vor der Concurseröffnung durch Zahlung getilgt, daß aber die Zahlung mit der paulianischen Klage mit Erfolg angefochten ist, und daß die Beklagte das, was sie gezahlt erhalten, zur Concursmasse zurückgezahlt hat. Nach fr. 10 § 22 quae in fraudem credit. 42. 8 kann darüber kein Zweifel obwalten, daß, nachdem die Beklagte in dem paulianischen Rechtsstreit unterlegen, ihre Forderung vollständig wieder aufgelebt ist, ac si liberatio facta non esset. — Dieses Gesetz erwähnt allerdings nicht speciell der zur Sicherung der durch Zahlung getilgten Forderung bestellten Pfandrechte. Ein Zurückgehen auf die das Erlöschen der Pfandrechte im Allgemeinen betreffenden gesetzlichen Bestimmungen führt aber zu dem Ergebnisse, daß auch die zur Sicherung der getilgten Forderung bestellten Pfandrechte in dem Fragefall fortbestehen. Im Allgemeinen besteht der Grundsatz, daß durch die Tilgung einer For-

[1]) Vgl. CO. § 22; §§ 1, 8 des Reichsgef. v. 21. Juli 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Concursverfahrens.

derung durch Zahlung auch die Pfandrechte erlöschen. Auch dürfte die einzige von den Vorinstanzen in Bezug genommene Gesetzesstelle, nämlich das fr. 10 § 1 quod metus causa 4. 2, kaum für die vorliegende Entscheidung zu verwerthen sein, da sie die Auslegung zuläßt, daß, wenn ein Schuldner den Gläubiger zur Acceptilation zwingt und die Obligation auf Antrag des Gläubigers wiederhergestellt wird, die Pfandrechte nicht ohne Weiteres fortbestehen, sondern der Schuldner nur, wie er genöthigt werden kann, von Neuem Bürgen, seien es die alten oder neue, zu stellen, so auch genöthigt werden kann, dem Gläubiger die Pfandrechte zu restituiren, die früheren Pfänder von Neuem zu Pfande zu geben, was für die Priorität von Bedeutung werden kann. Aber andere Gesetzesstellen enthalten unzweideutig den Grundsatz, daß durch die Tilgung einer durch Pfandrecht gesicherten Forderung durch Zahlung das Pfandrecht nur dann definitiv erlischt, wenn auch die Forderung dergestalt definitiv aufgehoben wird, daß die Zahlung nicht zurückgefordert werden kann, daß dagegen, wenn der durch Zahlung befriedigte Gläubiger zurückzahlen muß, mit der wieder auflebenden Forderung auch das Pfandrecht fortbestehen muß. Die sehr generell gefaßte Vorschrift in fr. 10 § 22 quae in fraudem credit. 42. 8 muß schon in ihrer Consequenz zu diesem auch durch die Billigkeit gebotenen Ergebniß führen. Klar wird es aber ausgesprochen in fr. 21 de iure fisci 49. 14. Wenn ein Pfandgläubiger von dem Pfandschuldner, welcher zugleich Schuldner des Fiscus ist, befriedigt wird, der Fiscus aber vermöge seines Privilegiums dem befriedigten Pfandgläubiger die gezahlte Geldsumme wieder abnimmt, dann sollen die pignora als non liberata gelten. In Uebereinstimmung hiermit bestimmt const. 5 de remiss. pign. 8. 26, der Gläubiger, welcher eine durch Pfandrecht gesicherte Forderung durch eine pacti conventio inutiliter facta erlassen hat, könne nicht bloß die persönliche Forderung geltend machen, sondern auch usitato more pignora vindicare (vgl. auch fr. 4 § 2 quib. mod. pign. solvitur 20. 6; fr. 50 de minor. 4. 4; fr. 7 § 6 de donat. inter virum et uxorem 24. 1). Hiernach mußte das Pfandrecht der Beklagten mit seiner ursprünglichen, demjenigen der Klägerin vorgehenden Priorität als fortbestehend anerkannt werden."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 12. Febr. 1881 in einer lübecker Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 208 ff.

---

268. Bedeutung der Clausel „an jeden getreuen Inhaber der Obligation" zahlen zu wollen.

Vgl. unten Nr. 285.

Kläger hat, um seine Berechtigung zur Geltendmachung der eingeklagten Obligation darzuthun, sich lediglich darauf berufen, daß Beklagter

sich in der Obligation verpflichtet habe, deren Betrag auch „an jeden getreuen Inhaber derselben“ zu bezahlen, und daß diese Obligation sich in seinem, des Klägers, Besitz befinde. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt demnach von der Beantwortung der Frage ab, ob die Einfügung jener Worte in eine Obligation in der That die Wirkung habe, daß jeder Besitzer derselben ohne Weiteres berechtigt sei, sie geltend zu machen.

Die vorliegende Frage ist bereits in einzelnen früheren Erkenntnissen hamburgischer Gerichte zur Sprache gekommen. Ein feste gewohnheitsrechtliche Praxis für die Beantwortung derselben in dem einen oder anderen Sinn hat sich jedoch bisher in Hamburg nicht gebildet, und demnach kann jenen Erkenntnissen eine maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden.

In der deutschen Rechtswissenschaft sind die Ansichten über diesen Gegenstand sehr getheilt. Einige Autoren meinen, daß schon der Besitz des eine solche Clausel enthaltenden Documents für das Recht, die in dasselbe aufgenommene Forderung geltend zu machen, ausreiche, indem ein solches Document ein unvollkommenes Inhaberpapier sei, oder der Besitz eines derartigen Documents eine Präsumtion für die Vornahme der Cession der Forderung zu Gunsten des Inhabers der Urkunde begründe, z. B. Kuntze Lehre von den Inhaberpapieren § 90 ff.; Endemann Handelsrecht 3. Aufl. § 84 S. 399; Brinckmann Handelsrecht S. 491 N. 8. — Andere Schriftsteller legen den dem Namen des ursprünglichen Gläubigers beigefügten Worten „und jedem getreuen Inhaber dieser Obligation“ garkeine Bedeutung bei, sind der Ansicht, daß ungeachtet dieser Clausel der Besitzer des Schuldbocuments nachweisen müsse, es sei ihm die Forderung vom ursprünglichen Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolgern cedirt worden, z. B. Savigny Obligationenrecht Bd. 2 S. 101 ff.; Sintenis Civilrecht 3. Aufl. Bd. 2 § 96 N. 2b; Stobbe deutsches Privatrecht Bd. 3 S. 197; Thöl Handelsrecht 5. Aufl. Bd. 1 Abth. 2 § 229; Poschinger Befugniß zur Ausstellung von Inhaberpapieren S. 5—34. — Eine dritte Ansicht geht dahin, daß ein Document durch die Einfügung solcher Clausel zu einem negociablen Ordrepapier gemacht werde, z. B. Protocolle der Conferenzberathungen über die allg. d. WO. S. 12; Protocolle der deutschen Handelsgesetzgebungscommission Bd. 2 S. 438; Erkennt. des ROHG. Bd. 23 S. 296[1]); Makower HGB. 8. Aufl. Art. 301 N. 33 b 3. Auch nach der von dieser Seite vertretenen Auffassung würde offenbar der bloße Besitz einer solche Clausel enthaltenden Obligation zur Legitimation für die Geltendmachung des fraglichen Forderungsrechts nicht ausreichen.

Bei der Prüfung der vorliegenden Frage ist zu berücksichtigen, daß die in Rede stehende Clausel aus älteren Zeiten herrührt, und eine gehörige Würdigung dieses Umstandes führt zu der Entscheidung, einer solchen

[1]) Abgedruckt unten Nr. 285.

der mündlichen Verhandlung ist klägerischerseits ausdrücklich hervorgehoben, daß Gegenstand des Kaufs ein Paar Zugpferde (ein „Zweigespann") gewesen sei, und vom Beklagten ist diese thatsächliche Aufstellung wie überhaupt auch der Umfang einer ihm etwa aufzuerlegenden Redhibitionsverbindlichkeit nicht weiter bemängelt worden. Unter solchen Umständen erscheint aber der klägerische Redhibitionsanspruch auch insofern, als er auf Wandelung beider . . . Pferde gerichtet ist, vollkommen gerechtfertigt. Denn wenn auch Theorie, Praxis und neuere Gesetzgebung ziemlich einig darüber sind, daß in dem Falle, wenn von mehreren um einen Gesammtpreis erhandelten Sachen nur die eine oder andere fehlerhaft ist, regelmäßig nur das einzelne fehlerhafte Stück redhibirt werden könne, so sind dieselben doch im Allgemeinen auch darüber einverstanden, daß von solcher Regel dann eine Ausnahme gemacht werden müsse, wenn eine Trennung des fehlerhaften Stücks von den übrigen ohne Nachtheil oder Verletzung eines respectus pietatis nicht möglich, oder wenn beim Contractsschluß die Idee der sachlichen Zusammengehörigkeit der betreffenden mehreren Objecte oder m. a. W. die eines Begriffsganzen, einer universitas corporum (als Beispiele werden in den Quellen jumenta paria, jugum mularum, quadriga, ein Paar Sänftenträger, ein Sängerchor ꝛc. aufgeführt) maßgebend gewesen ist — quum manifestum erit, non nisi omnes quem emturum vel venditurum fuisse:

fr. 34, 35, 36, 38 § 12, 13 u. 14; fr. 39, 40, 64 de aed. ed. 21. 1; fr. 44 de contrah. emt. 18. 1; fr. 28 § 4 de donat. int. V. et U. 24. 1; Cujacius ad African. in Opp. I. p. 1371; Gmelin de singulari iure rerum plurium, quae non sine damno vel offensa pietatis separantur Tub. 1814 § 9; Mühlenbruch Doctrina Pand. II § 404 Nr. 2; Schweppe Lehrb. des röm. Rechts Bd. 3 § 453; Thibaut Pand. § 406; Sintenis Civilrecht § 116 N. 118; Gesterding in der Gießener Zeitschrift Bd. 6 S. 42 ff.; Unterholzner im civilist. Archiv Bd. 6 S. 96; Glück Comm. Bd. 20 S. 66; v. Holzschuher Theorie u. Casuistik Aufl. 3 Bd. 2 S. 330; sächs. Civilgesetzbuch § 916; preuß. LR. Thl. 1 Tit. 5 § 342; Seuffert Archiv Bd. 27 Nr. 113, Bd. 1 Nr. 48, Bd. 4 Nr. 24, Bd. 35 Nr. 116."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 20. April 1881 i. S. Fischer w. Brauwert. D.

---

271. Pactum de non cedendo.* — Denunciation der Cession durch den Cedenten.**

*Vgl. Bd. 5 Nr. 11. — **Vgl. Bd. 27 Nr. 119 mit Nachw.; Bd. 28 Nr. 217; Bd. 31 Nr. 26; Bd. 33 Nr. 15; Bd. 34 Nr. 110.

Wie das vertragsmäßige Veräußerungsverbot nicht die Nichtigkeit der ihm zuwider geschehenen Veräußerung zur Folge hat, so bewirkt auch, wie in Uebereinstimmung mit dem 1. Richter angenommen werden muß, das pactum de non cedendo nicht, daß die Cession ipso iure ungültig ist (vgl. Seuffert Archiv Bd. 5 Nr. 11). Ein solches pactum kann, sofern

bezahlen sich verpflichtet. Gegen die auf diese Thatsache sich stützende Klage ist vom Beklagten geltend gemacht, daß aus dem Schuldbekenntniß und Zahlungsversprechen nicht geklagt werden könne, weil die klägerische Forderung infolge der eingetretenen Verjährung vollständig getilgt und nicht einmal eine naturalis obligatio mehr vorhanden sei. Gleichwohl wurde von den Instanzgerichten die Verurtheilung des Beklagten nach der Klagbitte erkannt und hiebei von dem Berufungsrichter insbesondere festgestellt, daß aus dem Zahlungsversprechen zur Genüge hervorgehe, daß nicht nur die Anerkennung der Schuld in einer solchen Weise und unter solchen Umständen, welche auf Seiten des Beklagten den Willen bekunden, sich zu verpflichten und die bezeichnete Leistung in Erfüllung einer Rechtspflicht zu vollziehen, erklärt worden, sondern daß auch die Acceptation des Klägers mit der Absicht einer Rechtserwerbung erfolgt sei. — In der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde war u. A. eine Verletzung der gemeinrechtlichen Bestimmungen über das constitutum debiti proprii Dig. Tit. 13. 5 und die Novation behauptet worden, da, möge man jenes Anerkenntniß als das eine oder andere betrachten, zur Rechtswirksamkeit das Bestehen einer Schuld, mindestens einer naturalis obligatio, vorausgesetzt werde, während hier nach den Bestimmungen des bayr. Verjährungsgesetzes vom Jahre 1859 die früher vorhandene Schuld so vollständig getilgt sei, daß nicht einmal mehr eine Naturalobligation erübrige.

Diese Ausführung wurde vom obersten Gerichtshofe als unzutreffend bezeichnet, weil sie gegen die vom Berufungsgericht dem Anerkennungsvertrag gegebene Auslegung gerichtet sei. Nach dieser Auslegung enthalte die Urkunde weder eine Novation noch ein constitutum debiti proprii, denn nach der vom Instanzgericht gemachten Feststellung sei das Zahlungsversprechen zwar mit Rücksicht auf die gelieferten Arbeiten abgegeben worden, aber es habe durch dasselbe ein neuer selbständiger Verpflichtungsgrund unter Verzicht auf die durch den Ablauf der Verjährungszeit erworbenen Rechte begründet werden wollen. Die von der Nichtigkeitsbeschwerde bezeichneten Gesetzesstellen fänden auf einen solchen Vertrag keine Anwendung.

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 26. März 1881. HV. Nr. 5838.

v. L.

---

270. Redhibition eines Paars Zugpferde, wenn nur das eine dieser Thiere fehlerhaft ist.

Vgl. Bd. 4 Nr. 24; Bd. 5 Nr. 119, 121 Ziff. 3; Bd. 12 Nr. 234; Bd. 17 Nr. 127; Bd. 25 Nr. 56; Bd. 26 Nr. 22; Bd. 27 Nr. 113; Bd. 35 Nr. 116 S. 171.

Die Parteien sind darin einverstanden, daß bei Eingehung des fraglichen Kaufcontracts die Idee der sachlichen Zusammengehörigkeit der für einen Gesammtpreis gekauften beiden Pferde maßgebend gewesen ist. Bei

nutzung, letztere in der vertrags- oder gesetzwidrigen Vorenthaltung des Kapitals, also in Schadenszufügung ihren Grund haben; beide sind von dem Bestande der Hauptverbindlichkeit abhängig, und insofern accessorischer Natur; die ersteren werden aber in bestimmten Zeitpuncten fällig und damit zu selbständigen Nebenforderungen; die letzteren laufen, solange die Säumniß dauert, fort, und sind durch die fortdauernde Vorenthaltung der Hauptleistung bedingt, treten der Hauptverpflichtung als Surrogat ihrer rechtzeitigen Erfüllung hinzu und erscheinen daher als ein Bestandtheil der Hauptverpflichtung und Gegenstand der Hauptforderung selbst. Daraus folgt nun freilich nicht, daß Verzugszinsen nach ihrem Erwachsen untheilbar sind, nur mit dem Kapital gefordert und eingeklagt werden und der Nachforderung nicht unterliegen können, denn die gesonderte Einforderung ist auch in Bezug auf andere Theile einer Hauptforderung möglich und durch die Natur der Zögerungszinsen nicht ausgeschlossen [1]); wohl aber ist daraus zu folgern, daß, wenn eine Kapitalsforderung abgetreten wird und nichts vorbehalten ist, auch das Recht auf die schon erwachsenen Verzugszinsen abgetreten ist, weil die rechtzeitige Leistung Gegenstand der Hauptforderung ist und die Verzugszinsen die versäumte Rechtzeitigkeit vertreten, mögen dieselben auch sich als eine bereits dem Betrage nach fixirte Nebenleistung neben dem Kapital darstellen. Denn durch die Cession einer Forderung gehen alle mit derselben verbundenen Nebenrechte und Vortheile, die in der Natur und Beschaffenheit der Hauptsache beruhen, auf den Cessionar über. . . . Demgemäß ist von den Rechtslehrern des gemeinen und preußischen Rechts übereinstimmend anerkannt, daß wohl rückständige Vertragszinsen, weil dieselben als schon besonders erworbene Vortheile zu betrachten sind, besonderer Abtretung bedürfen, nicht aber Verzugszinsen, die aus schon eingetretener Zögerung herrühren — Windscheid Pand. § 332 Nr. 2 (N. 8), Holzschuher Theorie ꝛc. Bd. 3 Allg. Thl. Cap. 3 Tit. 2c Nr. 6, Förster Theorie Thl. 1 § 99 IV und § 68g, Gruchot Beiträge 11. 586 (N. 3), Schering Archiv 1. 300 —, wenn auch sonst in Ansehung der selbständigen Klagbarkeit von Verzugszinsen und den Voraussetzungen einer solchen in Theorie und Praxis die größten Widersprüche herrschen. Da nun nach dem hier unterstellten Thatbestand Kläger seine Ansprüche aus dem über seine Kaufgelderforderung ausgestellten Revers abgetreten hat, so sind damit auch die Zögerungszinsen für die Zeit vor der Cession für abgetreten zu erachten.

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 15. Juni 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Ruhmann w. Hirsch. Wck.

[1]) Vgl. Bd. 36 Nr. 16 mit Nachw.

273. Ueber die Bedeutung und die Wirkung unbeanstandeter Uebernahme von Bauwerken.

Vgl. Bd. 8 Nr. 43; Bd. 12 Nr. 153; Bd. 18 Nr. 34; Bd. 26 Nr. 128; Bd. 32 Nr. 217; Bd. 34 Nr. 201.

„Auch wenn dies nicht besonders verabredet ist, steht sowohl dem Bauherrn als dem Unternehmer die Befugniß zu, nach der Vollendung des Baus die Prüfung desselben auf seine Eigenschaften, speciell die Contractmäßigkeit hin (probatio und improbatio in diesem Sinn), eventuell unter Zuziehung von Sachverständigen zu verlangen. Die auf Grund einer solchen Untersuchung stattgehabte unbeanstandete Uebernahme des Bauwerks schließt im Allgemeinen alle Einwendungen wegen Mängel aus, die hierin liegende Billigung müßte denn durch Argliſt des Unternehmers erschlichen sein. Auf diesen Fall bezieht sich

fr. 24 pr., vgl. mit fr. 36, 37, fr. 51 § 1, fr. 60 § 3 und fr. 62 locati 19. 2; vgl. Weiske Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstände S. 23 ff., besonders S. 31, 34 f.; Weiske Rechtslexicon Bd. 7 S. 815; sächs. Zeitschrift f. Rechtspfl. N. F. Bd. 15 S. 145.

Eine andere Frage ist, welchen Einfluß es hat, wenn ein Bauwerk ohne voraufgegangene Untersuchung von dem Bauherrn angenommen, bezogen oder sonst in Benutzung genommen wird. In Uebereinstimmung mit allgemeinen Grundsätzen findet hierin die Rechtsprechung zwar die Anerkennung, daß die Lieferung im Allgemeinen als Contractserfüllung gelten solle, und schließt daher die Einrede des nicht erfüllten Contracts aus, sie gestattet aber zugleich auch nach geschehener vorbehaltloser Uebernahme unter gewissen Voraussetzungen die Geltendmachung eines Interesseanspruchs wegen vorhandener Mängel (Einrede des nicht gehörig erfüllten Contracts bzw. eine der actio quanti minoris nachgebildete Klage). Zu diesen Voraussetzungen, welche je nach der Verschiedenheit des Falls verschieden sein können, gehört u. A. die, daß die zum Gegenstand einer Entschädigungsforderung gemachten Mängel nicht offensichtliche, jedem Laien erkennbare gewesen sein dürfen:

vgl. überhaupt sächs. Ztschr. N. F. Bd. 15 S. 145, Bd. 16 S. 515, Bd. 17 S. 185, Bd. 18 S. 71; Seuffert Archiv Bd. 8 Nr. 43, Bd. 10 Nr. 256 S. 369 f., Bd. 18 Nr. 34 S. 51 f.; Entsch. des ROHG. Bd. 13 S. 352; braunschw. Ztschr. f. Rechtspflege Bd. 19 S. 100—105, S. 220, Bd. 24 S. 166, Bd. 26 S. 116—125; Erk. des 2. Sen. des OG. zu Wolfenbüttel v. 31. Mai 1879 i. S. Schönborn w. Künne; Weiske a. a. O. S. 36 ff.; Endemann das deutsche Handelsrecht 2. Aufl. § 151 N. 18 u. 19.

Wie viel Vigilanz in dieser Beziehung vom Bauherrn erwartet werden darf, ist wiederum Frage des Einzelfalls. Jedenfalls aber kann von einer Verpflichtung desselben dann, wenn er das erforderliche Sachverständniß sich selber nicht zutraut, vor der Uebernahme des Baus Sachverständige zuzuziehen, keine Rede sein. Vielmehr ist es Sache des Unternehmers, um sich wegen etwaiger Entschädigungsansprüche zu sichern, die in seinen Befugnissen

liegende förmliche probatio des Werkes durch den Bauherrn, namentlich unter Zuziehung von Sachverständigen, und in Folge derselben die förmliche Abnahme desselben zu verlangen. Bei einem Bauwerk endlich, welches als Ganzes herzustellen übernommen ist, können die Folgen einer stillschweigenden Billigung stets nur an die Ueberlieferung des vollendeten ganzen Bauwerks, nicht schon an die unbeanstandet gebliebene Vollendung der einzelnen Theile, z. B. des Grundmauerwerks, der Zimmerarbeit u. s. w., geknüpft werden.

Die im vorliegenden Fall im Wege der Compensation und Widerklage geltend gemachten Mängel sind ohne Zweifel, und ohne daß es noch einer Beweisführung hierüber bedarf, sämmtlich derart, daß ihr Vorhandensein bei der Inbesitznahme des vollendeten Gebäudes nicht ohne Weiteres ins Auge fallen mußte. Dies gilt insbesondere von den vertragswidrigen Abweichungen hinsichtlich des Kubikinhalts und der Form der Kehlbalken, der Sparren, der Balken, des Verbandholzes, der Fußböden und der Treppenstufen, insofern es zur Prüfung der Contractmäßigkeit derselben einer Nachmessung von meist geringfügigen Dimensionen bedurft haben würde, auch die Mehrzahl der beanstandeten Stücke nach der Natur der Sache sich nach der Vollendung des Gebäudes überhaupt der Prüfung bloß durch Augenscheinseinnahme entziehen mußte. Ebensowenig kann — in demselben Zeitpunct — dem Laien noch die Ermittelung zugetraut werden, ob einige Decken statt mit Sandkalk mit Lehm verputzt gewesen sind und die Tapeten durchschnittlich die vertragsmäßige Qualität gehabt haben.

Hiernach bedarf es nicht noch ... einer Beweisführung darüber, daß der Beklagte, wie er behauptet, durch ausdrückliche Zusicherungen seitens des Klägers von der von ihm beabsichtigten Zuziehung von Sachverständigen abgehalten worden sei.

Gegen die im Vorstehenden entwickelten Rechtssätze hat der Appell.-Richter insofern verstoßen, als er theils von einer allgemeinen Verpflichtung des Bauherrn ausgeht, vor Billigung des Werks — und hierunter kann, da eine förmliche Untersuchung und Abnahme nicht stattgefunden hat, nur die vorbehaltlose Uebernahme des Gebäudes ohne vorherige Untersuchung verstanden werden — dasselbe in seinen einzelnen Theilen einer genauen Prüfung, und wenn er als Laie dazu nicht im Stande sei, mit Hülfe eines Sachverständigen, zu unterziehen und zu ermitteln, ob der Bau contractmäßig ausgeführt sei, theils in Folge davon (anscheinend) die eine nachherige Monirung ausschließende Offensichtlichkeit von Fehlern schon dann statuirt, wenn die letzteren auch nur durch einen Sachverständigen erkannt werden können. Die von richtigeren Principien ausgehende Entscheidung der 1. Instanz ist daher wieder herzustellen."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 27. April 1881 i. S. Trefkorn w. Karsten wegen Forderung. D.

274. Umfang der Verpflichtung des Verwalters eines fremden Vermögens, die Schuldner nachzuweisen, an welche Kapitalien ausgeliehen sind.

Vgl. Bd. 33 Nr. 222 mit Nachw. unter **.

„Die Beklagten gehen davon aus, daß ihr Erblasser, der das Vermögen des Klägers ohne jede Beschränkung verwaltet hat, bei der Rechnungsablage nur anzugeben habe, bei welchen Schuldnern sich dasselbe befinde, und daß es dann dem Kläger obliege, es sich dort zu holen, daß aber sie, die Beklagten, erst dann zu haften haben, wenn es feststehe, daß es sich da, wo es sich befinden solle, nicht befinde, daß also im vorliegenden Falle der Apotheker T., an den die streitigen 3000 M. ausgeliehen sein sollen, diese nicht schulde.

Richtig mag es sein, daß der Verwalter eines fremden Vermögens seinem Mandanten regelmäßig nur die nomina, die er für ihn erworben hat, zu überweisen braucht, allein mit der einfachen Benennung des Schuldners kann er doch noch nicht in allen Fällen abkommen. Auch der Mandatar, der vollständig frei ein fremdes Vermögen verwaltet, ist verpflichtet, dabei mit derjenigen Sorgfalt zu verfahren, die dem Mandatar stets obliegt. Er hat also, wenn er das verwaltete Vermögen ausleiht, nicht nur die Sicherheit zu prüfen, sondern ebensowohl für einen genügenden Nachweis über die Ausleihung zu sorgen, um seinen Mandanten in den Stand zu setzen, den, der ihm als Schuldner angegeben ist, mit Erfolg in Anspruch zu nehmen, und gerade diese Verpflichtung hat der Erblasser der Beklagten hier außer Acht gelassen. Allerdings haben die Beklagten verschiedene Momente dafür beigebracht, daß der genannte T. noch immer 3000 M. schulde." . . . (Es wird dann die Hinfälligkeit dieser Momente dargelegt und mit Rücksicht darauf, daß, als die hypothekarische Eintragung der damals nach den Angaben der Beklagten noch 4500 Thlr. betragenden Forderung des Klägers an T. verlangt worden, nur 3500 Thlr. eingetragen worden seien, zum Schluß bemerkt:) „Spätestens zu dieser Zeit hätte, wenn die eingetragene Summe nicht den vollen Betrag der Schuld erreichte, der Erblasser E. dies mit dem Schuldner feststellen und für ein gehöriges Anerkenntniß desselben über den Rest der Schuld sorgen müssen, und wenn er dies unterließ, so handelte er nicht mit der dem Mandatar obliegenden Sorgfalt und trägt die Schuld an der jetzigen verworrenen Lage der Sache. Dies Verschulden müssen jetzt seine Erben tragen. Es ist nicht statthaft, daß sie den Kläger, aus dessen Vermögen die 1000 Thlr. jedenfalls in die Hände ihres Erblassers gelangt sind, jetzt deshalb auf einen sehr zweifelhaften Proceß verweisen wollen, für welchen es ihm selbst an jeder Kenntniß der Thatsachen fehlt. Diesen Proceß zu führen, muß vielmehr ihnen selbst überlassen bleiben, und der Kläger hat seinerseits ein Mehreres nicht zu

thun, als ihnen seine etwaige Klage gegen T. zu cediren[1]), wozu er sich jetzt ausdrücklich bereit erklärt hat."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 14. Jan. 1881 i. S. Ernst w. Engelbrechts Erben wegen 3000 M. D.

---

275. Natur des Leibgedingsvertrags.* — Statthaftigkeit des Rücktritts von einer Abtretung des gesammten Vermögens wegen ungehöriger Erfüllung des damit verbundenen Verpflegungsvertrags.**

*Vgl. Bd. 9 Nr. 155. — **Vgl. Bd. 29 Nr. 132 mit Nachw.; auch Bd. 35 Nr. 195.

„Der sog. Leibgedings- oder Verpfründungsvertrag (contractus vitalitius), d. h. die auf Grund eines Vertrags oder Gesetzes geschehene Hingabe von Werthobjecten an Dritte gegen die Verpflichtung zur leiblichen Verpflegung mit Darreichung von Alimentationsmitteln, kann unter die verschiedenartigsten rechtlichen Gesichtspuncte fallen; er kann zunächst als reines Kaufgeschäft mit der Modification, daß ein Theil des Kaufpreises in der Verpflichtung zu Leistungen der gedachten Art bestehen solle, oder als ein lediglich nach heutigen Grundsätzen über die Klagbarkeit der Verträge zu beurtheilender Innominatcontract do ut facias sich darstellen; er kann aber auch (und dies scheint namentlich bei den Römern die bei Weitem häufigste Erscheinungsform gewesen zu sein) den Charakter einer gewöhnlichen Modalschenkung annehmen (const. 1 de donat. sub modo 8. 54; const. 3 de contrah. emt. 4. 38; const. 8 de rerum permut. 4. 64).

Will man auch immerhin anerkennen, daß der aleatorische Charakter derartiger, von der Lebensdauer bestimmter Personen abhängiger Alimentenverträge die Annahme der Onerosität nicht leicht ausschließen wird, so kann doch im gegebenen Falle kein gegründeter Zweifel darüber obwalten, daß die dabei in Frage stehende Zuwendung, trotz der dagegen vom Beklagten übernommenen Verpflichtung zur Alimentenreichung, als ein vorwiegend lucratives, insbesondere als ein solches Rechtsgeschäft unter Lebenden sich darstellt, wodurch der Eine den Andern mittels eigener Vermögensminderung hat bereichern wollen. Der Beklagte hat das gesammte gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Klägerin, darunter eine Naturalausstattung und ein Kapitalvermögen von 12000 M. sofort lucriren sollen; ihm ist zwar die Verbindlichkeit auferlegt, die schon in einem vorgerückten Lebensalter stehende Klägerin ad dies vitae in allen Lebensbedürfnissen frei zu unterhalten, ihr auf etwaiges Anfordern allwöchentlich ein Taschengeld von 1 Thlr. zu verabreichen und ihr demnächst nach ihrem Ableben ein standesmäßiges Begräbniß besorgen zu lassen; — die desfallsigen Verpflichtungen

[1]) Vgl. Bd. 4 Nr. 107.

sind aber mit der mehrgedachten Vermögenszuwendung nicht in streng synallagmatische Beziehung gebracht, oder haben wenigstens der letzteren nicht als völlig äquale Gegenleistung gegenübergestellt werden können: denn der Beklagte hat das fragliche nicht unbeträchtliche Vermögen der Klägerin auch seiner Substanz nach lucriren sollen ohne Rücksicht darauf, daß schon die Einkünfte davon hingereicht haben würden, jene ihren bisherigen bescheidenen Verhältnissen entsprechend zu verpflegen und bei sich zu alimentiren. Daß die sonach anzunehmende Vermögens-Bereicherung bzw. Minderung auch in der Absicht der Klägerin gelegen habe, kann den obwaltenden Umständen nach ebensowenig zweifelhaft sein. Schon das handgreifliche Mißverhältniß zwischen Zuwendung und Entgelt, welches sich nothwendig ergiebt, wenn man beide gegen einander abwägt und dabei die in Frage stehenden Verhältnisse, so wie sie sich menschlich sicherer Voraussicht nach bei gewöhnlichem Lauf der Dinge gestalten werden, in Berücksichtigung zieht — Umstände, die auch der Klägerin bei Eingehung des fraglichen Rechtsgeschäfts nicht verborgen geblieben sein konnten — weist unzweideutig darauf hin, wie denn auch die Maßlosigkeit der mehrgedachten, nicht bloß auf universas res, sondern auf das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Klägerin gerichtet gewesenen Zuwendung mit genügender Sicherheit darauf schließen läßt, daß es in der Absicht derselben gelegen habe, gegen die ihr (einem alleinstehenden und angeblich hülfsbedürftigen Frauenzimmer) eröffnete Aussicht, sich einem fremden Familienkreise dauernd anschließen und in demselben gewissermaßen Angehörigkeitsrechte erwerben zu können, ihr Vermögen rücksichtslos zu opfern.

Auf die Form, in welche die fragliche Liberalität eingekleidet gewesen ist, kann es begreiflicherweise nicht weiter ankommen; denn nicht nur sog. negotia cum donatione mixta sind, soweit sich nach Absicht und Inhalt der die Schenkung bildende Bestandtheil absondern läßt, wirkliche Schenkungen, sondern auch solche Rechtsacte dieser Art, denen nur der falsche Schein eines andern Rechtsgeschäfts gegeben worden ist (const. 3 cit.; fr. 32 §§ 25, 26 de donat. int. V. et U. 24. 1; fr. 36, 38 de contr. emt. 18. 1; const. 9 de contrah. emt. 4. 38).

Ist aber das fragliche Rechtsgeschäft in der That als Modalschenkung anzusehen, so ergiebt sich die Zulässigkeit des erhobenen Revocationsanspruchs schon aus den Bestimmungen der const. 10 de revoc. donat. 8. 55, nach welcher ebensowohl thätliche und grobe wörtliche Beleidigungen wie auch verweigerte Erfüllung der bei der Schenkung auferlegten Verpflichtungen ein Revocationsrecht des Schenkers wegen sog. groben Undanks begründen sollen.

Dasselbe Resultat würde sich aber auch ergeben, wenn dem fraglichen Verpfründungsvertrage der lucrative Charakter abzusprechen und demselben die Bedeutung eines unter den Gesichtspunct eines sog. äqualen Bilateral-

contracts fallenden onerosen Rechtsgeschäfts beizulegen sein sollte. Es ist nämlich ein aus der rechtlichen Natur des betreffenden Vertragsverhältnisses sich gewissermaßen von selbst ergebender Satz, daß die einseitige Aufhebung eines derartigen auf gegenseitiges Vertrauen und freundschaftliche Zuneigung basirten Vertragsverhältnisses dem einen wie dem andern Theil aus besonders gewichtigen Gründen und namentlich dann zugestanden werden muß, wenn sich derselbe über grobe Verunglimpfungen oder ein solches pflichtwidriges Verhalten des andern Theils zu beschweren hat, welches ein gedeihliches Fortbestehen des betreffenden Verhältnisses und namentlich ein friedfertiges Zusammenleben der Betheiligten in derselben häuslichen Gemeinschaft nicht erwarten läßt oder wenigstens von der Art ist, daß dem verletzten Theile ein längeres Verbleiben in solcher Gemeinschaft billigerweise nicht zugemuthet werden kann. Demgemäß erkennt denn auch die neuere Gesetzgebung bei ähnlichen Rechtsverhältnissen, welche die Quelle fortlaufender familienrechtsartiger Verpflichtungen sind und mit der Verbindlichkeit zur Alimentenreichung untermischt zu sein pflegen, wie z. B. dem Lehrlings-, dem Gesellen-, dem Dienstboten- und dem Verhältniß eines Handlungsgehilfen, die Möglichkeit einer vorzeitigen einseitigen Aufhebung des Verhältnisses aus besonders gewichtigen Gründen, über deren Relevanz im einzelnen Fall das richterliche Ermessen zu entscheiden haben soll, und namentlich dann an, wenn sich der eine Theil grober injuriöser Angriffe gegen die Person des andern schuldig gemacht hat:

Deutsche Gewerbe-O. v. 21. Juni 1869 §§ 111 ff., §§ 120 ff.; Novelle dazu v. 17. Juli 1878 zu §§ 123, 124, 128 ff.; HGB. §§ 62—64; braunschw. Gesinde-O. v. 15. Octbr. 1832 §§ 31 u. 32.

Alle diese Bestimmungen gründen sich auf den naheliegenden gemeinrechtlichen Grundsatz, daß, wenn die Erfüllung einer Verbindlichkeit durch ein Verschulden des Verpflichteten ganz oder theilweise unmöglich gemacht, insbesondere vom Letzteren geradezu gehindert wird, die Verbindlichkeit desselben zwar dessenungeachtet fortbestehen, der andere Theil aber zur Geltendmachung des vollen rechtlichen Interesses, welches in Fällen solcher Art regelmäßig in der Aufhebung des Vertrags und in der Verpflichtung zur Herauszahlung einer auf der andern Seite etwa vorhandenen Bereicherung bestehen wird, berechtigt sein soll. Zwar handelt es sich in Fällen der gedachten Art nicht um ein der Erfüllung entgegenstehendes absolutes Hinderniß; nach Sinn und Geist des betreffenden Vertragsverhältnisses erscheint es aber vollkommen gerechtfertigt, Thatsachen der gedachten Art, die dazu geeignet sind dem andern Theil die Fortsetzung eines derartigen, auf persönlicher Achtung und Zuneigung beruhenden Verhältnisses zu verleiden und letzteres somit in den Augen eines jeden verständig und billig denkenden Menschen als unerfüllbar erscheinen zu lassen, den durch sog. impedimentum naturale herbeigeführten Hinderungen an Bedeutung gleich-

zustellen. In diesen Erwägungen muß denn auch die in den beiden Vorinstanzen besonders lebhaft ventilirte Frage von der Condicirbarkeit der fraglichen Zuwendung um so mehr ihre völlig sachgemäße Erledigung finden, als das Institut der röm. Innominatcontracte mit der Annahme des deutschrechtlichen Grundsatzes, daß die bindende Kraft eines Vertrages vor Allem auf der erklärten Willensübereinstimmung der Betheiligten beruhen soll, der Hauptsache nach als antiquirt zu betrachten ist."

Erk. des OLG. zu Braunschweig (1. Sen.) v. 29. Decbr. 1880 i. S. Fricke Mandatar w. Tuhoff wegen Revocation einer Schenkung. D.

---

276. Haftung desjenigen, in dessen Besitz irrthümlich fremde Sachen gekommen sind, für den dem Eigenthümer in Folge widerrechtlicher Verfügung über dieselben zugegangenen Schaden nach den Grundsätzen der lex Aquilia.

Vgl. Bd. 16 Nr. 114; Bd. 18 Nr. 246*; Bd. 31 Nr. 35.

Der Handelsmann Hirsch B. hatte dem Oekonomen Georg B. ein Paar Ochsen überschickt, welche des Letzteren Bruder Johann B. für diesen gekauft hatte. Georg B., welcher bei Ankunft der Ochsen von Hause momentan abwesend war, versagte dem Kauf der Ochsen durch seinen Bruder die Genehmigung und überschickte noch am gleichen Tage dieselben an diesen Bruder. Dieser, damals bereits insolvent, verkaufte die Ochsen sofort auf einem Viehmarkt und verwendete den Erlös für sich. Hirsch B. verlangte nun von Georg B. den Ersatz des Werths der Ochsen, um dessen Betrag er durch die rechtswidrige Verfügung desselben über die Ochsen an seinem Vermögen geschädigt worden ist.

Die Klage wurde von der 1. Instanz abgewiesen; dagegen erkannte das Berufungsgericht dem Klageantrage entsprechend auf Verurtheilung des Beklagten Georg B. — Hierbei ging das Gericht von der Annahme aus, daß Georg B., welcher die Umstände kannte, unter welchen die Ochsen in seine Gewahrsam gelangt waren, nicht berechtigt gewesen sei, so wie er gethan, über dieselben zu verfügen, und daß er, da der Eintritt der Beschädigung als möglicher Erfolg seiner Verfügung sich wohl vorhersehen ließ, für die dadurch dem Kläger zugegangene Vermögensbeschädigung haftbar sei. — Die gegen diese Entscheidung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde verworfen, und ist in den Gründen bemerkt:

„Die von dem Berufungsrichter festgestellten Thatsachen enthalten alle Voraussetzungen, welche das aquilische Gesetz in seinen Erweiterungen verlangt, um mit einer actio ex lege Aquilia utilis oder in factum den Anspruch auf Leistung des Schadensersatzes zu begründen. Es ist nämlich hierzu erforderlich die Schadenszufügung an einer körperlichen Sache, herbeigeführt durch das positive Thun eines Anderen, welches eine widerrechtliche

Handlung bildet (vgl. Windscheid Pand. 5. Aufl. § 455). Die Beschwerde erachtet in erster Linie die Lehre über die lex Aquilia deshalb verletzt, weil hier ein damnum corpore corpori datum — Windscheid a. a. O. N. 6 — nicht gegeben sei. Diese Annahme ist nicht richtig. Schon nach der durch das r. R. der lex Aquilia gegebenen Ausdehnung war nicht erforderlich, daß die zugefügte Beschädigung, um auf Grund dieses Gesetzes Ersatz dafür von dem Beschädiger fordern zu können, gerade die Integrität der körperlichen Sache verletzt haben müsse. Vielmehr wird ein Ersatzanspruch auch da als zulässig erachtet, wo ohne Verletzung der körperlichen Sache in ihrer Integrität dem Eigenthümer durch die widerrechtliche Thätigkeit ein Schaden an dieser Sache zugefügt wird, namentlich in der Weise, daß dieselbe durch solche Einwirkung dem Eigenthümer verloren geht. Fälle dieser Art sind insbesondere enthalten in fr. 27 § 21 ad leg. Aquil. 9. 2, fr. 14 § 2 de praescr. verb. 19. 5, sowie in anderen Stellen, allegirt bei Windscheid N. 6 zu § 455 a. a. O. Namentlich wird eine actio in factum gemäß § 11 Inst. de obl. quae ex del. 4. 1, dann fr. 7 § 7 de dolo malo 4. 3 dann gewährt, wenn Jemand durch sein widerrechtliches Handeln bewirkt, daß Thiere oder Sclaven sich der Herrschaft des Eigenthümers entziehen. In solchen Fällen macht eben das bewirkte Verlorengehen, also der Schade selbst, die Widerrechtlichkeit aus (vgl. Hasse die Culpa des r. R. S. 37). . . . Theorie und Praxis stimmen mit der hier vertretenen Ansicht über die Ausdehnung des auf das aquilische Gesetz gegründeten Ersatzanspruchs auf Fälle der hier vorliegenden Art überein, wie sich außer den bereits angeführten Stellen auch ergiebt aus Vangerow Pand. § 681 Anm. 1 Ziff. II; Seuffert Pand. § 401 Ziff. 5; Seuffert Archiv Bd. 31 Nr. 35 und den dortigen Citaten. Richtig in der Ausführung der Beschwerde ist nur so viel, daß die Vermögensschädigung auch nach der Erweiterung des aquilischen Gesetzes ein bestimmtes corpus betreffen müsse. Allein hier bilden die dem Vermögen des Klägers durch die behauptete widerrechtliche Thätigkeit des Beklagten entzogenen Thiere das corpus, an welchem die Schädigung bewirkt worden ist.

Die Beschwerde bestreitet auch die Widerrechtlichkeit der dem Beklagten zur Last gelegten Thätigkeit. — Das Berufungsgericht ging bei Begründung seiner Ansicht über das Verschulden des Beklagten von der Annahme aus, daß bei der gegebenen Sachlage demselben jede Verfügung über die Thiere versagt war, die nicht bezweckte, dem Kläger den Besitz der vermeintlichen Kaufobjecte wieder zu verschaffen, und daß unter den Begriff einer unberechtigten Verfügung die Hinausgabe der Thiere an einen Dritten um so mehr zu rechnen ist, als hierdurch das Eigenthum des Klägers den Dispositionen des Dritten preisgegeben war. Auch diese rechtliche Auffassung des angefochtenen Urtheils steht mit dem Gesetze im Einklang. Denn

hiernach ist eine Widerrechtlichkeit überall da gegeben, wo der Beschädigende kein Recht zur Vornahme jener Handlung hatte, welche einem Anderen Schaden brachte „qui id fecit quod facere ius non habet“ fr. 151 de reg. iur. 50. 17, und wo die eingetretene Beschädigung dem Beschädiger gleichzeitig zur Schuld angerechnet werden kann. In ersterer Beziehung kommt zu bemerken, daß der Beklagte, welcher wissend, daß die Thiere nur in der irrthümlichen Annahme des Klägers, er, der Beklagte, sei der Käufer, zu ihm verbracht worden waren, dieselben gleichwohl zu einem Dritten treiben ließ, eine Handlung vorgenommen hat, zu welcher nur der Eigenthümer, nicht aber er selbst ein Recht hatte. Es kann hier unerörtert bleiben, ob und welche Fürsorge der Beklagte für die Erhaltung der aus Irrthum zu ihm gekommenen Thiere zu bethätigen überhaupt verpflichtet war; jedenfalls war er nicht befugt, eine Verfügung, wie sie hier stattgefunden, über die Thiere zu treffen. Denn der Beklagte, welcher zum Ankauf derselben weder einen Auftrag ertheilt hatte, noch denselben hinterher genehmigen wollte, wußte nach den thatsächlichen Feststellungen, daß die Thiere ihm durch den Eigenthümer aus Irrthum und indebite geleistet waren. In solchem Fall verpflichtet das Gesetz den Empfänger zur Rückgabe des indebite Empfangenen: „quod indebite per errorem solvitur aut ipsum aut tantundem repetitur“ fr. 7 de cond. ind. 12. 6. Daraus folgt, daß derjenige, welcher wissend ein indebitum erlangt, keine Handlung bezüglich des indebite Erhaltenen vorzunehmen berechtigt ist, welche ihn außer Stand setzt, der Rückforderung des Berechtigten nachzukommen. Deshalb erklärt auch das Gesetz, fr. 65 § 8 eod., denjenigen, welcher einen Sclaven, den er als indebitum empfangen, freigelassen hat, wissend, daß er ihn als indebitum erhalten, haftbar für dessen Werth (vgl. Glück Comment. Bd. 13 S. 165 ff.).

Dabei kann der vorliegende Fall, in welchem der Absender der Thiere bei der Uebersendung von der dem Beklagten mitgetheilten Voraussetzung ausging, daß Letzterer dieselben wirklich gekauft habe, bei der rechtlichen Beurtheilung nicht völlig jenem Fall gleichgestellt werden, in welchem überhaupt unbestellte Waaren übersendet wurden. Wenn auch in dem letzteren Fall der allgemeine Rechtssatz zutrifft, daß derjenige, welchem ein Kaufantrag gemacht wird, nicht verpflichtet ist, die ihm in Bezug auf dieses Rechtsgeschäft übersendeten Gegenstände zurückzusenden oder auf deren Aufbewahrung positive Sorgfalt zu verwenden (vgl. Anschütz u. Völderndorff Comment. zum HGB. Bd. 3 S. 226), so ist in dem ersteren Fall eine andere rechtliche Beurtheilung schon deshalb geboten, weil hier der Empfänger wußte, daß der Kläger bei der Zusendung der Thiere nicht einen Kaufantrag zu machen beabsichtigte, sondern den Zweck verfolgte, einen zwischen ihm und einem Vertreter des Empfängers im angeblichen Auftrage desselben für diesen zu Stande gekommenen Kauf durch Uebergabe

der Thiere zu erfüllen. Bringt es in solchem Fall schon die Billigkeit mit sich, daß der im Irrthum versirende Verkäufer von dem Empfänger der Waare über den wahren Sachverhalt alsbald aufgeklärt werde: so ist unter allen Umständen dem Empfänger nicht gestattet, ohne Anfrage bei dem Absender und ohne dessen Genehmigung nach eigenem Gutdünken darüber in der Weise zu verfügen, daß er die Waare an einen Dritten gelangen läßt (vgl. Busch Archiv des Handelsrechts Bd. 7 S. 47).

Mit Recht hat hiernach der Berufungsrichter erkannt, daß — wenn auch dem Beklagten eine Verpflichtung zu einem positiven Thun hinsichtlich der in seine Gewahrsam gelangten Ochsen des Klägers nicht obgelegen haben sollte — er doch für die Folgen einer Thätigkeit einzutreten hat, welche nicht die Erhaltung oder Rückgabe der Thiere an ihren Eigenthümer zum Ziel hatte. Daß Beklagter bei seinem Thun dies letztere Ziel im Auge gehabt, ist von ihm selbst nicht geltend gemacht worden.

Die Beschwerde bestreitet weiter die Annahme eines Verschuldens auf Seiten des Beklagten, weil dieser den Eintritt der Beschädigung nicht habe voraussehen können, und durch seine Thätigkeit jedenfalls dieselbe nicht unmittelbar verursacht habe. Auch nach dieser Richtung sind die Grundsätze der lex Aquilia richtig angewendet. Hiernach tritt Haftung für omnis culpa ein, und wird zur culpa angerechnet „quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum“ fr. 31 ad leg. Aquil. 9. 2. Der Berufungsrichter hat nun festgestellt, daß der Eintritt der dem Kläger zugegangenen Beschädigung als möglicher Erfolg der getroffenen Verfügung sich wohl vorhersehen ließ. Er hat hiernach mit Recht angenommen, daß die Voraussetzung einer Zurechnung im Sinne des aquilischen Gesetzes gegeben sei, weil eben auch der Beklagte jenen Erfolg hätte vorhersehen sollen, welcher als möglich von jedem sorgsamen Manne vorhergesehen werden konnte. . . . Selbstverständlich muß die Handlung, welche den schädigenden Erfolg hatte, gewollt sein, und es liegt offenbar eine Verwechslung der Handlung mit deren Erfolg vor, wenn in der Ausführung der Beschwerde mit Bezug auf ein in Seuffert Archiv Bd. 32 Nr. 45 mitgetheiltes Urtheil das Wollen des schädigenden Erfolgs als erforderlich zur Annahme einer Haftung des Thäters daraus abgeleitet werden will. Dabei muß nur festgehalten werden, daß hier nicht die Veräußerung der Thiere durch des Beklagten Bruder, sondern die Ueberführung derselben an diesen durch den Beklagten jene Thätigkeit bildet, für welche der Letztere haftbar gemacht wird. Wenn nach dieser Richtung der Causalzusammenhang der Handlung des Beklagten mit dem eingetretenen schädigenden Erfolg bestritten wird: so genügt es darauf zu verweisen, daß nach dem Gesetz nicht bloß derjenige haftet, welcher das unmittelbar schädigende Ereigniß selbst ausführt, sondern auch jener, welcher schuldvoller Weise causam sive occasionem praestitit. Es ist dieser Rechtssatz in einer

Reihe Digestenstellen anerkannt (vgl. Vangerow Pand. § 681 Anm. 1 Ziff. II Nr. 2), so insbesondere in fr. 30 § 3 ad leg. Aquil. 9. 2; fr. 50 § 4, fr. 51 de furtis 47. 2, woselbst gegen denjenigen eine actio in factum quasi ex lege Aquilia gegeben wird, welcher durch seine unbesonnene Handlungsweise Viehstücke flüchtig macht, so daß sie, wenn auch ohne seine Absicht, in die Gewalt von Dieben gerathen oder in einen Abgrund stürzen.

Es ist deshalb keine rechtsirrthümliche Anwendung des aquilischen Gesetzes, wenn das Berufungsgericht eine Haftung des Beklagten darauf gründet, daß derselbe durch seine nicht erlaubte Thätigkeit, nämlich durch die Ueberlieferung der Ochsen an seinen Bruder, diesem die Möglichkeit verschaffte, sich derselben zu bemächtigen und sie durch Veräußerung dem Eigenthümer zu entziehen."

Urtheil des obersten LG. f. Bayern v. 27. Mai 1881. HV. Nr. 5903.

v. L.

---

277. Hat der Anlieger einer Straße wegen Verwandlung derselben in eine Sackgasse eine Klage gegen die Gemeinde auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und Schadensersatz?

Vgl. Bd. 5 Nr. 27, 134; Bd. 7 Nr. 184; Bd. 8 Nr. 50; Bd. 10 Nr. 166; Bd. 17 Nr. 121; Bd. 18 Nr. 141; Bd. 19 Nr 267; Bd. 22 Nr. 144; Bd. 29 Nr. 243, 244; Bd. 30 Nr. 150; Bd. 31 Nr. 41; Bd. 34 Nr. 306.

Beklagter und Widerkläger ist Eigenthümer eines an der Fleckensstraße in Kiel belegenen bebauten Grundstücks. Die Stadtgemeinde beschloß, die Fleckensstraße zwischen dem Grundstück des Beklagten und ihrer Ausmündung in die Brunswieckerstraße zu schließen und das dadurch gewonnene Areal der Universität für Universitätsbauten zu überlassen. Beklagter widersprach der Ausführung dieses Beschlusses und verlangte eventuell Schadensersatz wegen Entwerthung seines Grundbesitzes. Die Stadtgemeinde hat darauf eine Feststellungsklage nach § 231 der CPO. wider den Beklagten über die Nichtexistenz seines Widerspruchsrechts und Entschädigungsanspruchs erhoben; Beklagter hat widerklagend beantragt, die Stadtgemeinde zur Wiederherstellung der Fleckensstraße als Verbindungsstraße, event. zur Entschädigung wegen Werthverminderung seines Grundstücks und Einbuße in seinem Gewerbe zu verurtheilen. In 2. Instanz wurde Beklagter klaggemäß verurtheilt und mit der Widerklage abgewiesen. Es wurde ausgeführt:

„Zunächst ist es zweifellos, daß dem Beklagten ein klagbares Recht zum Widerspruch gegen die Schließung oder auf Wiederherstellung der öffentlichen Straße überhaupt nicht zusteht. Nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsbehörden haben über den Gebrauch öffentlicher Sachen zu befinden und dem Kläger steht ein Privatrecht in Beziehung auf die betreffende Straße überall nicht zu.

Aber auch ein Anſpruch auf Schadenserſatz iſt vom Beklagten nicht begründet worden. In der Theorie und Praxis herrſcht heute kein Zweifel mehr darüber, daß das gemeine Recht einen derartigen Anſpruch nicht gewährt. Es iſt zwar verſucht worden, einen Anſpruch des durch eine Straßenveränderung beſchädigten Adjacenten auf Schadenserſatz daraus abzuleiten, daß derſelbe im Vertrauen auf das Beſtehen der Straße ſein Haus erbaut habe und die Commune, welche die Straße angelegt, gewiſſermaßen die anliegenden Grundbeſitzer zur Bebauung aufgefordert und eben deshalb für das Beſtehen der Straße die Garantie übernommen habe. Die Unhaltbarkeit ſolcher Theorie leuchtet von ſelbſt ein; ſie paßt überall da nicht, wo das Haus ſchon ſtand als die Straße angelegt wurde, ſie widerſpricht aber auch dem Willen der Betheiligten. Wenn eine Straße angelegt wird ſo will die Commune, obſchon ſie die Anlage als eine dauernde anſieht, doch keineswegs jedem Adjacenten dafür einſtehen, daß die Straße ſo und gerade ſo für alle Zeit bleiben ſolle; ebenſo wird ſich auch der bauende Adjacent des Gedankens nicht erwehren können, daß unter beſonderen Umſtänden ebenſo wie vortheilhafte, ſo auch nachtheilige Veränderungen vorkommen können. Ueberdies iſt ja auch durch die beſtehenden Communalverfaſſungen ꝛc. dafür geſorgt, daß bei nöthigen Veränderungen hinſichtlich der öffentlichen Sachen die berechtigten Intereſſen der Betheiligten thunlichſt geſchont werden. Man darf als heutiges Recht den Satz aufſtellen, daß nur da, wo durch die Veränderung einer öffentlichen Straße die Subſtanz eines anliegenden Privatbeſitzes geſchädigt oder ein demſelben anklebendes Privatrecht entzogen oder beeinträchtigt wird, ein Anſpruch auf Schadenserſatz für den Anlieger anzuerkennen iſt und zwar auch nur in dem Umfange, daß nur der das Grundſtück bzw. deſſen Rechte betreffende Schaden, nicht der mittelbare des zufälligen gegenwärtigen Beſitzers in Betracht kommt. Dieſer Anſpruch findet ſeine Begründung und Begrenzung in dem Satz, daß Privatrechte nur gegen volle Entſchädigung für öffentliche Zwecke aufgeopfert zu werden brauchen. — In dieſem Sinne hat das vorherige AG. Kiel vielfach entſchieden und auch das frühere OTr. hat in gleicher Weiſe erkannt (vgl. Entſch. vom 17. Decbr. 1878 i. S. Möller w. Schleswig M. 61, 78 und Heuſer Annalen Bd. 20 S. 3, vgl. auch daſelbſt Bd. 21 S. 194).

Daß nun vorliegend ein Eingriff in die Subſtanz des beklagtiſchen Grundſtücks erfolgt, eine poſitive Beſchädigung desſelben ſtattgefunden habe, hat überall nicht behauptet werden können, ebenſowenig, wie von der Verletzung eines dem Grundſtück anklebenden Privatrechts die Rede ſein kann, da der Anſpruch auf Benutzung der öffentlichen Straße in Ermangelung beſonderen, nicht vorliegenden Rechtstitels eben kein privatrechtlicher iſt. Es mag richtig ſein, daß durch die Schließung der Fleckensſtraße dem Gewerbe des Beklagten Vortheile entgehen, welche es bisher genoſſen hat, und daß

der Werth desselben geringer geworden ist; dafür hat aber die Stadt nicht aufzukommen, denn sie hat sich innerhalb ihrer eigenen Rechtssphäre gehalten und einen Eingriff in fremdes Privatrecht nicht vorgenommen. Auch davon kann keine Rede sein, daß der Bestand der Fleckensstraße im früheren Umfange für die Benutzung des beklagtischen Grundstücks nothwendig sei; eine Verbindung mit der Außenwelt muß ein jedes Grundstück haben, es ist aber nicht nothwendig, daß es an einer durchgehenden Straße liegt."

Die Revision des Beklagten gegen dieses Urtheil wurde aus folgenden Gründen verworfen:

„Zunächst ist gegenüber den allgemeinen Erwägungen, durch welche der Beklagte seinen Anspruch zu rechtfertigen versucht, darauf hinzuweisen, daß ihm durch die Aufrechterhaltung des angefochtenen Erkenntnisses keineswegs jeder Schutz für sein Interesse an der Erhaltung der bisherigen Straße abgesprochen wird. Die Organe der klagenden Stadtgemeinde waren öffentlichrechtlich verpflichtet, bei ihrer Beschlußfassung über die theilweise Einziehung der fraglichen Straße alle einschlagenden Interessen in billig abwägende Berücksichtigung zu ziehen, und wenn der Beklagte sich durch eine hierbei stattgefundene ungebührliche Außerachtlassung seines Anlieger-Interesses verletzt finden konnte, so stand ihm zur Wahrung seiner Interessen im Verwaltungswege die Beschwerdeinstanz offen. Aber das von ihm in Anspruch genommene Recht, der Stadtgemeinde die unternommene Einziehung eines Theils der Straße zu untersagen, kann nur aus einer unter privatrechtlichem Schutze stehenden Berechtigung desselben, die fragliche Straßenstrecke fortwährend als Straße zu benutzen, hergeleitet werden und ebenso ist sein Schadensersatzanspruch nur aus einer Verletzung seiner privatrechtlichen Ansprüche zu begründen.

Ein Privatrecht des Beklagten auf die in Rede stehende Benutzung der Straßenstrecke könnte nur beruhen entweder in einer seinem anliegenden Grundstück zustehenden Servitut oder in einem gesetzlichen Nachbarrecht. Da durch die bloße Thatsache, daß das Straßenareal bisher zum öffentlichen Gebrauche bestimmt war, ein privatrechtlicher Anspruch auf die Fortdauer dieses Zustandes nicht entstanden sein kann, so bleibt in Betreff der Entstehung einer Servitut nur die Frage übrig, ob ein entsprechender stillschweigender Vertrag zwischen der Gemeinde und den Anliegern einerseits durch die Herstellung der Straße und andrerseits durch Bebauung ihrer Grundstücke zu Stande gekommen sei, und es läßt sich hierfür geltend machen, daß die Gemeinde durch die Herstellung der Straße die Anlieger provocirt habe, ihre anliegenden Grundstücke im Vertrauen auf das immerwährende Fortbestehen der Straße zu bebauen; allein die Frage ist zu verneinen, weil diese Erwägung nicht zu der Annahme berechtigt, daß die Gemeinde eine privatrechtliche Verpflichtung habe auf sich nehmen wollen. Die Grundsätze des Nachbarrechts kommen dem Beklagten nicht zu Statten,

denn das Nachbarrecht gewährt nur Schutz gegen eine positive Beschädigung der Eigenthumssubstanz, nicht aber einen Anspruch auf Erhaltung derjenigen Vortheile, welche einem Grundeigenthümer durch die bisherige Art der Verwendung des Nachbargrundstücks thatsächlich zu Theil geworden sind.

Es bleibt nur noch zu untersuchen, ob der Anspruch des Beklagten auf eine zum Schutz des Rechts des Gemeingebrauchs öffentlicher Sachen, insbesondere der öffentlichen Wege, gegebene privatrechtliche Klage gestützt werden kann. Allein dies ist schon nach den Bestimmungen des römischen Rechts zu verneinen. In den Quellen ist nirgends bezeugt, daß die Klagen, welche gegen denjenigen, der den Gemeingebrauch öffentlicher Sachen stört, theils jedem Bürger und theils dem Verletzten gegeben werden, auch gegen das Gemeinwesen selbst stattfinden, wenn dasselbe unternimmt, die Sache der Bestimmung für den Gemeingebrauch zu entziehen [1]). Von einer solchen Ausdehnung dieser Klagen könnte auch höchstens dann die Rede sein, wenn anzunehmen wäre, daß die Bestimmung der öffentlichen Sachen zum Gemeingebrauch kraft des Gesetzes eine immerwährende und unentziehbare sei; aber Letzteres ist nicht anzunehmen, denn die Aeußerungen der Quellen, welche man allenfalls geneigt sein könnte hierfür anzuführen — fr. 83 § 5 de verb. obl. 45. 1: „usibus publicis in perpetuum relicta“ und ähnlich fr. 2 § 5 ne quid in loco publ. 43. 8 und § 2 Inst. de inut. stip. 3. 19 — sprechen nur aus, daß das Kriterium einer öffentlichen Sache in ihrer Bestimmung zum dauernden Gemeingebrauch zu finden ist und hierin ist keineswegs enthalten, daß das Gemeinwesen, welchem die öffentlichen Sachen gehören und von welchem diese Bestimmung derselben in der Regel sich herschreibt, zu einer Abänderung dieser Bestimmung nicht befugt sei.“

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 16. Novbr. 1880 in der preuß. (holstein.) Sache Schlüter w. Kiel.

---

278. Beweislast bei einer auf Nichtigkeitserklärung einer zweiten Ehe wegen Fortbestands der ersten Ehe gerichteten Klage.

Vgl. Bd. 26 Nr. 290.

Das OLG. ist mit Recht davon ausgegangen, daß der die Ehe der Beklagten als nichtig anfechtende Kläger hätte behaupten und beweisen müssen, daß zur Zeit der Eingehung dieser Ehe am 29. December 1872 der Tagelöhner F., mit welchem die mitbeklagte Ehefrau R. im Jahre 1853 eine Ehe geschlossen, noch am Leben gewesen sei und daß, weil dieses nicht geschehen, die erhobene Klage abzuweisen sei.

Die von den Parteien verschieden beantwortete Frage, ob für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits die Bestimmungen des allg.

[1]) Vgl. Bd. 36 Nr. 95 mit Nachw. unter ***.

preuß. Landrechts oder diejenigen des im vormaligen Kurfürstenthum Hessen geltenden Kirchenrechts maßgebend seien, kann dahingestellt bleiben, weil nach den Bestimmungen beider Rechte die Eheloſigkeit eine wesentliche Voraussetzung der Eheschließung bildet und eine von einer verheiratheten Person eingegangene Ehe wegen eines ihrer Gültigkeit entgegenstehenden öffentlichen trennenden Ehehindernisses nichtig ist. Wenngleich hieraus folgt, daß für die Eingehung einer zweiten Ehe die Auflösung der ersten Ehe zur Zeit der Abschließung der zweiten Ehe eine wesentliche Voraussetzung bildet, wenngleich es ferner nicht genügt, daß diese Auflösung der früheren Ehe wahrscheinlich ist, sondern feststehen muß, insbesondere also, falls die Ehe durch den Tod des früheren Ehegatten aufgehoben sein soll, das Ableben desselben bewiesen werden muß, und der Pfarrer (jetzt der Standesbeamte) Niemanden, welcher bereits verheirathet war, zur Eheschließung zulassen darf, bevor der Beweis des Todes des früheren Ehegatten oder die Auflösung der früheren Ehe durch Scheidung oder Nichtigkeitserklärung erwiesen ist (cap. 2 X. de sec. nupt. 4. 21; cap. 19 X. de sponsal. 4. 1), so folgt hieraus doch nicht, daß, wenn dennoch ohne einen solchen vollständigen Beweis des Todes des früheren Ehegatten (oder ohne vorgängige Todeserklärung, sofern nach den betreffenden Gesetzen nach deren Erlaß die Wiederverheirathung gestattet ist) eine zweite Ehe in formgültiger Weise geschlossen ist, diese für nichtig erklärt werden müßte oder könnte, sofern nicht die Ehegatten beweisen, daß zur Zeit der Abschließung ihrer Ehe die erste Ehe des einen von ihnen durch den Tod seines ersten Ehegatten getrennt gewesen sei. Denn nichtig ist die zweite Ehe nur dann, wenn zur Zeit der Eingehung der zweiten Ehe die früher von dem einen Ehegatten geschlossene Ehe wirklich noch bestand, wenn im Augenblick der Eheschließung das trennende Hinderniß des Bestehens einer gültigen Ehe vorhanden war. Daß dieses der Fall gewesen, kann aber nicht, wie der Kläger vermeint, auf die Vermuthung der Fortdauer eines einmal bestandenen Zustandes und Rechtsverhältnisses oder der Fortdauer des Lebens gestützt werden, sondern es muß der Beweis, daß der erste Ehegatte zur Zeit des Abschlusses der zweiten Ehe noch gelebt habe, erbracht werden, und zwar von demjenigen, welcher die Ehe als nichtig angreift, weil die Thatsache des Lebens des ersten Ehegatten die Voraussetzung des Vorhandenseins des Ehehindernisses und also einen Theil des Klaggrundes bildet.

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 25. März 1881 i. S. Staatsanwalt zu Marburg w. Reichmann. St.

279. Vornahme unzüchtiger Handlungen mit der eigenen unmündigen Tochter seitens der Mutter — um das Kind zur Beschuldigung des Vaters wegen gleicher Vergehungen anzustiften — und falsche Anschuldigung überhaupt als Ehescheidungsgrund.

Vgl. Bd. 25 Nr. 32.

In der 1. Instanz war die von W. gegen seine Ehefrau erhobene Scheidungsklage zurückgewiesen, weil fälschliche Anschuldigung bzw. Denunciation wegen eines Verbrechens regelmäßig einen Scheidungsgrund nicht abgebe (Bezugnahme auf braunschw. Präjudicien Bd. 1 S. 80). — In der Berufungsverhandlung hat Kläger die gegen seine Ehefrau erhobene Anschuldigung näher dahin präcisirt, daß dieselbe an ihrer achtjährigen Tochter Emma, um diese in der Art und Weise, wie sie gegen den eigenen Vater über angeblich von diesem mit dem Kinde getriebene Unzucht falsches Zeugniß ablegen sollte, besser zu unterrichten, häufig unzüchtige Griffe und Betastungen der Geschlechtstheile des Kindes vorgenommen und durch fortgesetzte Drohungen und Lohnverheißungen das Kind dazu angestiftet habe, den schuldlosen Vater mit dergleichen Verbrechen zu belasten. Seitens der Berufungsbeklagten sind diese ihr schuldgegebenen Handlungen in Abrede gestellt. — In den Entscheidungsgründen des OLG. heißt es:

„Zwar ist der vom Kläger gegen seine Ehefrau erhobene Vorwurf, zumal in der in jetziger Instanz nachgeholten präcisen Fassung, von bedeutend größerer Tragweite als die vorigen Richter demselben zuerkannt haben, insofern es sich dabei nicht lediglich um das durch § 164 des StGB. mit Gefängniß nicht unter einem Monat bedrohte Vergehen der fälschlichen Anschuldigung, sondern um ein weit sträflicheres Beginnen der Beklagten, nämlich darum handelt, daß dieselbe mit ihrer eigenen, noch im zarten Kindesalter stehenden Tochter, um dieselbe zu fälschlicher Beschuldigung des eigenen Vaters anzustiften und zu unterrichten, selber unzüchtige Handlungen der scheußlichsten Art vorgenommen habe. Wäre dieser Vorwurf begründet und erweislich, so würde Beklagte sich nicht allein gegen § 164 des StGB., welchen die vorigen Richter anscheinend allein ins Auge gefaßt, sondern auch gegen § 176 Nr. 3 desselben Gesetzes, zu dessen Thatbestand keineswegs die bezweckte Befriedigung eigener wollüstiger Triebe mit Nothwendigkeit erfordert wird, vergangen, sie würde nicht bloß ihre Pflichten als Ehefrau gegen ihren Ehemann, sondern auch ihre Mutterpflicht durch gefliſſentliche Vergiftung der zarten Kindesseele auf das Gröblichste verletzt und durch die von ihr verübten Greuel und den gegen ihren Ehemann geplanten Verrath das der Ehe zum Grunde liegende Verhältniß der Liebe und Treue in unheilbarer Weise zerrüttet haben. Es würde dann in ernstliche Ueberlegung zu nehmen sein, ob dergleichen Scheußlichkeiten nicht dem schriftmäßigen — Matth. 5. 32 — Scheidungsgrunde des Ehebruchs,

der πορνεία, rechtlich gleichzustellen, wo nicht gar darin, nach dem Sinn und Geist des Stifters unserer Religion, mitbegriffen oder doch jedenfalls innerhalb der Grenze belegen seien, bis zu welcher das protestantische Kirchenrecht in der eherechtlichen Praxis eine analoge Ausdehnung jenes schriftmäßigen Ehescheidungsgrundes gestattet:

Dedekind braunschw. Präjudicien Bd. 1 S. 13 Nr. 9; Richter Kirchenrecht 6. Aufl. S. 997; preuß. LR. II,1 § 672; Lauenstein hannov. Eherecht S. 43 Nr. 73; Blätter für Rechtspflege in Thüringen u. Anhalt Bd. 18 S. 212.

Wenn nun auch für die Bejahung dieser Frage gewichtige Gründe sprechen dürften, so ist dennoch unter den besonderen hier obwaltenden Umständen die in voriger Instanz erkannte Zurückweisung der allein erhobenen Klage auf Scheidung der Ehe dem Bande nach als gerechtfertigt zu erachten" ... (indem, wie weiter ausgeführt wird, die Beweisantretung des Klägers im Voraus als völlig aussichtslos zu betrachten sei).

Höchstrichterlich wurde vorstehendes Urtheil wegen processualischer Verstöße aufgehoben, zur Sache selbst aber Folgendes ausgesprochen:

„Die von der Vorinstanz in den Vordergrund gestellte Frage, ob das angeblich von der Beklagten an dem Kinde begangene Sittlichkeitsverbrechen den Kläger zu dem Antrag auf Ehescheidung berechtige, mag hier dahingestellt gelassen werden. Dagegen ist aber in dem der Beklagten zur Last gelegten Vergehen der falschen Anschuldigung in Anbetracht der besonderen Umstände des vorliegenden Falles unbedenklich ein Ehescheidungsgrund zu finden. Wenn eine wissentlich falsche Anschuldigung von einem Ehegatten gegen den anderen Gatten unter solchen Umständen begangen ist, daß dadurch für den verletzten Gatten die sittlichen Grundlagen der Ehe als unwiederbringlich zerstört erscheinen und ihm eine fernere Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft unmöglich zugemuthet werden kann, so muß in diesem Vergehen nach den Grundsätzen des protestantischen Kirchenrechts (Entsch. des RG. Bd. 1 Nr. 120 S. 328)[1]) ein Ehescheidungsgrund anerkannt werden, und daß dieses Vergehen geeignet ist, unter Umständen eine solche vollständige Zerstörung der Ehe zu begründen, dafür geben die Behauptungen der gegenwärtigen Klage den ausreichendsten Beleg."

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 21. März 1881 in einer braunschw. Sache. D.

[1]) Abgedruckt in diesem Archiv Bd. 36 Nr. 46.

280. Unter welchen Voraussetzungen kann die Ehefrau während bestehender Ehe ihre Illaten zurückfordern? — Eine nachträgliche Illation vorbehaltenen Vermögens liegt noch nicht in der bloßen Ueberlassung desselben an den Ehemann; Beweislast.

Die in althessischer Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Eheleute Z. setzten sich erst nach 10jährigem Bestand der Ehe über das Eingebrachte der Frau auseinander; der Mann erkannte (am 10. Jan. 1878) urkundlich an, daß jene bei Abschluß der Ehe eine Anzahl Mobilien und 3000 M. als eigenes Vermögen besessen, das Kapital ihm behändigt, und daß er dasselbe zu Schuldenabträgen und Bauten benutzt habe. Am 3. Juli 1878, als der Mann sein Haus verkaufte, wies er den Käufer an, 3000 M. vom Kaufpreise an seine, des Verkäufers, Frau auf deren Vermögen zu zahlen, und übergab der Letztern außerdem zur Deckung den bezüglichen auf ihren Namen lautenden Hypothekenbrief vom 12. Juli 1878. Als diese Hypothekforderung darauf von einem Gläubiger des Mannes mit Beschlag gelegt wurde, klagte die Ehefrau Z. gegen diesen Gläubiger auf Zurücknahme und Löschung des Arrestes, wobei sie behauptete, schon bei Eingehung der Ehe sich ihr Vermögen als Receptizgut vorbehalten zu haben. Höchstrichterlich wurde ausgesprochen:

„Nach deutschrechtlichen Grundsätzen, wenigstens nach denen des deutsch-fränkischen ehelichen Güterrechts, ist alles Vermögen der Ehefrau, welches nicht durch einen bei Eingehung der Ehe gemachten Vorbehalt der Verfügung des Mannes entzogen wurde, als Illat anzusehen, zu dessen Zurückforderung die Frau nur unter denselben Voraussetzungen berechtigt erscheint, unter welchen sie nach Dotalrecht die Rückerstattung der Brautgabe (dos) verlangen kann. Die Abtretung der streitigen 3000 M., falls solche wirklich in die Ehe beigewendet worden sind, gilt daher so lange gleichsam als Schenkung unter Ehegatten und deshalb als nichtig, bis Klägerin eine jener Voraussetzungen darlegt. Sie behauptet nun zwar, daß ihr Ehemann zur Zeit der Cession überschuldet gewesen sei. Da sie jedoch zugleich selber anführt, daß ihr Ehemann schon bei Eingehung der Ehe in zerrütteten Vermögensverhältnissen sich befunden habe, die Illaten aber außer dem Fall des Concurses nur bei eintretender Verarmung des Mannes zurückgefordert und zurückgegeben werden dürfen, so unterliegt die in dem Kaufvertrage vom 3. Juli 1878 erfolgte Cession ohne Weiteres der Anfechtung. Jedenfalls wäre es Sache der Klägerin gewesen, die näheren Umstände anzuführen, aus denen entnommen werden könnte, daß sie ihrem Manne bei Eingehung der Ehe noch mit Sicherheit ein Kapital von 3000 M. als Illat zu behändigen vermochte.

Rechtsirrthümlich sind dagegen die Ausführungen des Berufungsurtheils über die Bedeutung und den Wegfall des von der Klägerin vor Eingehung

der Ehe angeblich erklärten Vorbehalts ihres Vermögens. Die vorige Instanz erwägt, daß, da die Klägerin die streitigen 3000 M. nach Eingehung der Ehe dem Manne eingehändigt und dieser solche zur Bestreitung von Baukosten und Abtragung von Schulden verwendet habe, das Geld thatsächlich in das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes eingebracht und damit auf einen etwaigen Vorbehalt des eheweiblichen Vermögens verzichtet worden sei. . . . Nun ist die Annahme, daß jede Ueberlassung des vorbehaltenen Vermögens der Frau (des sog. Receptitienguts) an den Ehemann während der Dauer der Ehe einen Verzicht auf den Vorbehalt in sich schließe, zweifellos nicht begründet. Die Frau kann der Regel nach selbst während der Ehe Rechtsgeschäfte über das Receptitiengut unbeschränkt mit dem Manne abschließen; sie kann ihm solches ganz oder theilweise in die Verwaltung geben, auch baares Geld unter besonderem Rechtstitel behändigen, ohne daß dadurch die Natur jenes eheweiblichen Vermögens geändert würde. Sogar die Thatsache, daß der Mann, nachdem er das Receptitiengut als solches empfangen, dasselbe in seinen Nutzen verwendet, enthält für sich allein noch keine Illation; eine solche würde vielmehr nur darin gefunden werden können, daß die Frau das ursprünglich vorbehaltene Vermögen dem Manne zur Nutznießung oder unter Umständen überträgt, welche eine Beiwendung in die Ehe mit rechtlicher Nothwendigkeit mit sich führen. Im vorliegenden Fall ist nur behauptet und festgestellt, daß die Klägerin das bei Eingehung der Ehe besessene Kapital demnächst ihrem Manne überlassen habe, während bestritten wurde und auch aus der Urkunde vom 10. Januar 1878 nicht erhellt, daß die Klägerin selber die Baukosten vorgelegt und die Schulden des Mannes bezahlt habe. Darnach steht aber — unter der Voraussetzung, daß überhaupt bei Eingehung der Ehe der Vorbehalt der Nichtillation gemacht wurde — die Eigenschaft der fraglichen 3000 M. als Illat noch nicht fest, und es muß über diese Frage, die das Berufungsurtheil mit Unrecht auf sich beruhen ließ, noch nachträglich entschieden werden. Diese Entscheidung ist, da es sich um Beweiserhebungen handelt, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, jedoch unter folgenden maßgebenden Gesichtspuncten:

Ein Zweifel darüber, daß die dem Revisionsbeklagten zwangsweise überwiesene Hypothekforderung der Revisionsklägerin zusteht, kann garnicht erhoben werden, da diese Forderung auf den Namen der Ehefrau eingetragen ist. Insofern greift auch die sog. Mucianische Präsumtion nicht Platz. Gleichwohl muß die Revisionsklägerin zunächst den Nachweis führen, daß sie sich vor oder bei Eingehung der Ehe das fragliche Kapital vorbehalten habe. Denn aus den thatsächlichen Feststellungen des Berufungsurtheils ergiebt sich, daß jener Hypothekenbrief auf Grund einer von dem Ehemann der Klägerin während bestehender Ehe vollzogenen Cession auf die Ansprüche der Letztern wegen ihres eheweiblichen Vermögens erfolgte.

Sowie nun, wenn der Ehemann einen derartigen mit der Frau geschlossenen Rechtsact als rechtsungültig angreift, die Ehefrau darthun muß, daß der Erwerb ein gesetzlich gebilligter sei, so muß sie dies auch dem jetzigen Beklagten gegenüber, der durch Zwangsüberweisung an die Stelle des Mannes getreten ist. Einen weiteren Beweis als den des gedachten Vorbehalts hat dagegen die Revisionsklägerin nicht zu führen, vielmehr liegt es, wenn ihr dieser Nachweis gelingt, dem Revisionsbeklagten ob, thatsächlich darzulegen und zu erweisen, daß eine spätere Illation des Receptitienguts stattgefunden habe."

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 10. Decbr. 1880 in einer preuß. (hessischen) Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 203 ff.

---

281. Remotion eines Testamentsvollstreckers; ist dazu Einstimmigkeit der Miterben erforderlich?

Vgl. Bd. 20 Nr. 145.

„Nach Doctrin und Gerichtsgebrauch

Beseler d. Privatrecht 3. Aufl. § 143 S. 594, derſ. in der Zeitschrift f. deutsches Recht Bd. 9 S. 198 ff.; Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comm. Bd. 43 S. 417.

liegt dem Testamentsvollstrecker im Allgemeinen die Aufgabe ob, für die Verwirklichung der letztwilligen Verfügungen des Testators zu sorgen und je nach dem Umfang der ihm ertheilten Vollmacht auch die Erbschaft zu reguliren und zu vertheilen. Im vorliegenden Fall, wo der ernannte Testamentsexecutor mit zehn anderen zur Erbschaft berufenen Personen als Miterbe concurrirt, ist demselben durch den letzten Willen der Erblasserin, Wittwe F., die Befugniß gegeben, den Nachlaß an sich zu nehmen, den Erbschaftsplan aufzustellen und auszuführen ꝛc. Wie solchemnach die dem Beklagten als Testamentsexecutor zuständigen Befugnisse und obliegenden Pflichten die Gesammtheit des seiner Fürsorge anvertrauten Nachlasses umfassen, so gestaltet sich consequenterweise das Rechtsverhältniß, in welchem derselbe zu den Miterben steht, zu einem solchen, welches den sämmtlichen Miterben gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann; mithin kann auch die hier in erster Linie streitige Frage, ob Grund zur Remotion des Testamentsexecutors von seinem Amte, sei es wegen pflichtwidrigen Verhaltens, sei es wegen Unfähigkeit vorliege, nur sämmtlichen zehn Miterben des Beklagten gegenüber zum Austrag gebracht werden. Es steht in solchen Fällen (vgl. Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 119 f., 397 f.; Entsch. des ROHG. Bd. 24 Nr. 91 S. 354 f.; Seuffert Archiv Bd. 36 Nr. 123) nicht eine exceptio plurium litisconsortium im gewöhnlichen Sinn, überhaupt nicht ein processualischer Einwand in Frage; der Beklagte hat nicht das Recht, zu verlangen, daß sämmtliche Berechtigte gleichzeitig klagend gegen ihn auftreten; er kann nichts weiter fordern, als

aß dieselben betreffs der Geltendmachung des Anspruchs in Uebereinimmung handeln (fr. 31 § 5 de aedil. ed. 21. 1), indem das zwischen en Betheiligten obwaltende Rechtsverhältniß für jeden Einzelnen einen erartig materiell beschränkten Inhalt hat, daß es von einem Einzelnen der auch von mehreren Einzelnen selbständig und unabhängig von dem Willen der oder des Mitberechtigten schlechterdings nicht zur Geltung ebracht werden kann.

Nun haben zwar die fünf klagend aufgetretenen Miterben diesen Mangel hrer Activlegitimation durch Vorlegung eines schriftlichen Documents, laut essen vier andere Miterben ihre Zustimmung zu den von ihnen ergriffenen Maßnahmen erklärt haben sollen, abzuhelfen gesucht. Abgesehen indessen on der formellen Unzulänglichkeit dieses Schriftstücks . . . erweist sich asselbe zur Herstellung der Activlegitimation insofern ungenügend, als es uch so noch an dem unerläßlichen Consense des Miterben Hermann P. fehlt. Daß dieser Concurrent vielleicht aus irgend welchen, sei es auch eigennützigen Motiven zur Ertheilung der erforderlichen Zustimmung schwer oder garnicht u bewegen sein mag, ändert an der Sache nichts: ein Nothstand für die ibrigen Miterben, der es rechtfertigen könnte, über dieses Hinderniß wegusehen, liegt darum nicht vor; denn durch die Bestellung des Testamentsexecutors ist den Letztern keineswegs die ihnen gesetzlich (fr. 1 pr., fr. 2 r., fr. 3, fr. 25 § 20 famil. herc. 10. 2; const. 5 comm. div. 3. 37) ugesicherte Befugniß benommen, gegen den der Erblasserin beträchtlich erschuldeten Hermann P. direct und ohne Vermittlung des Testamentsexecutors auf Erbtheilung und Herausgabe des seinen Erbtheil übersteigenden Betrags seines debitum zu klagen und auch die gleiche Klage gegen den Testamentsexecutor in seiner Eigenschaft als Miterben anzustellen." . . .

Erk. des OLG. (2. Sen.) zu Braunschweig v. 25. Septbr. 1880 i. S. Frühling u. Cons. w. Hertzer wegen Rechnungsablage und Rücknahme einer Vertretung. D.

---

282. Voraussetzung der Berechtigung zur Führung einer handelsrechtlichen Firma ist der Betrieb eines kaufmännischen Geschäfts.

Vgl. Bd. 27 Nr. 158; auch Bd. 22 Nr. 255 und Bd. 32 Nr. 178.

Da die Firma nichts Andres ist als der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt, so kann auch die Berechtigung zur Führung der Firma durch Eintragung derselben ins Handelsregister nur unter der Voraussetzung eines schon begonnenen oder zu beginnenden kaufmännischen Geschäftsbetriebs erlangt werden. Wie es unzulässig ist, die Firma abgesondert von dem Handelsgeschäft, für welches sie bisher geführt wurde, zu veräußern (Art. 23), und ebensowenig eine Firma von Jemandem, welcher überhaupt kein Handelsgeschäft betreibt,

auf einen Andern übertragen werden kann (Entsch. des ROHG. Bd. 6 S. 247, s. Seuffert Archiv Bd. 27 Nr. 158), so erscheint es auch unzulässig, daß Jemand, welcher kein Handelsgeschäft betreibt, seinen Namen als Firma lediglich zu dem Zweck eintragen läßt, damit davon für das Handelsgeschäft eines Andern Gebrauch gemacht werden könne.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 2. Febr. 1881. Annalen des RG. Bd. 3 S. 287 ff.

---

283. Durch eine vertragsmäßige Abänderung der sechswöchentlichen Kündigungsfrist (Art. 61 des HGB.) wird die Bestimmung, daß das Dienstverhältniß nur mit Ablauf eines Kalendervierteljahres aufgehoben werden kann, nicht geändert.

Bei Anstellung des Klägers als Geschäftsführer der beklagten Handlung wurde eine Kündigungsfrist von drei Monaten verabredet. Die Parteien streiten über die Bedeutung dieser Abrede. Kläger und mit ihm der 1. Richter verstehen sie dahin, daß dadurch nur die gesetzliche Kündigungsfrist des Art. 61 des HGB. habe geändert werden sollen. Beklagte und mit ihr der Appell.-Richter bestimmen sie in der Weise, daß jeden Tag durch Kündigung die Auflösung des Verhältnisses mit Ablauf von 90 Tagen nach dem Tage der Kündigung habe zugelassen werden sollen. Der dieserhalb gegen den Appell.-Richter erhobene Vorwurf der Verletzung des Art. 61 ist begründet. Diese Gesetzesstelle lautet: „Das Dienstverhältniß zwischen dem Principal und dem Handlungsdiener kann von jedem Theile mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahrs nach vorgängiger sechswöchentlicher Kündigung aufgehoben werden. Ist durch Vertrag eine längere oder kürzere Zeitdauer oder eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen, so hat es hierbei sein Bewenden." Der Sinn dieser Stelle ist der, es könne in Ermangelung abweichender Vereinbarungen das betreffende Dienstverhältniß mit dem Ablauf eines jeden Kalenderquartals gelöst werden, wenn mindestens sechs Wochen vor einem solchen Zeitpunkte gekündigt werde. Mit dieser durch die klaren Worte des Gesetzes gebotenen Auffassung setzt sich der Appell.-Richter in Widerspruch. Er sagt: „Der im Art. 61 festgesetzte Beginn der Kündigungsfrist (der Anfang des Kalendervierteljahrs) bezieht sich nur auf die gesetzliche Kündigungsfrist von sechs Wochen." Der Appell.-Richter findet also im Art. 61 vorgeschrieben, es müsse die Kündigung, wenn sie die dort vorgesehene Wirkung haben solle, am 1. Tage des Kalenderquartals erfolgen. Daraus folgt weiter, daß er die Auflösung des gekündigten Dienstverhältnisses, weil die Kündigungsfrist nur sechs Wochen beträgt, in die Mitte des Kalenderquartals verlegt. Das ist rechtsirrthümlich und erheischt die Vernichtung der angefochtenen Entscheidung.

In der Sache selbst war das 1. Urtheil zu bestätigen. Die streitige Abrede betrifft ausdrücklich nur die Kündigungsfrist. Art. 61 unterscheidet aber zwischen der Zeitdauer des Dienstverhältnisses und der Dauer der Kündigungsfrist. Bezüglich der ersteren bestimmt er in Ermangelung abweichender Vertragsstipulation, daß das Ende des Dienstverhältnisses mit dem Ende eines Kalendervierteljahrs zusammen fallen müsse. Eine vertragsmäßige Aenderung dieser Bestimmung, welche den Bedürfnissen und Gewohnheiten der betreffenden Kreise Rechnung trägt, kann nicht vermuthet werden, wenn eine Abrede bloß über die Verlängerung der Kündigungsfrist getroffen ist. Es mußte also dem 1. Richter beigetreten werden, welcher die am 15. November 1878 erfolgte Kündigung erst mit dem 1. April 1879 wirken läßt, weil bis zum 1. Januar 1879 die verabredete Kündigungsfrist von drei Monaten nicht mehr ablaufen konnte.

Erk. des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 9. April 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Wittmeyer w. Waldhelm. Wck.

---

284. Inwieweit wird der Handelsgesellschafter, welcher aus der Gesellschaftskasse Gelder für sich entnimmt, Schuldner der Gesellschaft?

Der einzelne Handelsgesellschafter kann Schuldner der Gesellschaft werden mit der Wirkung, daß er verpflichtet ist, den Betrag seiner Schuld an die Gesellschaftskasse zu zahlen, und diese Verpflichtung ist immer dann vorhanden, wenn er *unbefugt* Gelder aus der Gesellschaftskasse für sich entnommen hat. Dagegen entsteht ein derartiges Schuldverhältniß nicht nothwendig immer dann, wenn er *befugter* Weise Gelder aus der Gesellschaftskasse entnommen hat. Entnimmt er Gelder innerhalb der Schranken des Art. 108 Abs. 2 des HGB., so ist er zur Rückzahlung derselben nicht verpflichtet. Die entnommenen Beträge werden ihm zwar zur Last geschrieben, aber es geschieht dies nur zum Zweck der Berechnung am Schluß des Geschäftsjahrs. Das Gleiche gilt von denjenigen Beträgen, welche er nach einer von den Gesellschaftern getroffenen Uebereinkunft aus der Gesellschaftskasse entnehmen darf. Nach dem Zugeständniß des Beklagten in der Duplik hatte, abgesehen von dem gemeinschaftlichen Haushaltungsconto, jeder der Gesellschafter ein besonderes Conto für seine speciellen Ausgaben. Es war also vereinbart, daß jeder Gesellschafter berechtigt sein solle, gewisse zur Befriedigung seiner besonderen Bedürfnisse erforderliche Beträge zu entnehmen. Da diese Beträge ihm in derselben Weise zur Last zu schreiben waren, wie jedem Dritten der Betrag einer der Gesellschaft gegen ihn zustehenden Forderung, so erschien er zwar äußerlich als Gesellschaftsschuldner, allein er war es, soweit er sich innerhalb seiner vertragsmäßigen Befugnisse gehalten, in Wahrheit nicht, er war nicht verpflichtet die ihm debitirten Beträge zurückzuzahlen, dieselben

waren ihm vielmehr nur am Schluß des Geschäftsjahrs bei Feststellung seines Gesellschaftsantheils in Anrechnung zu bringen. Daß aber der Kläger sich bei dem Entnehmen auf sein besonderes Conto nicht innerhalb der vertragsmäßigen Grenzen gehalten, wird vom Beklagten selbst nicht behauptet.

Hieraus folgt, daß, wenn bei Auflösung der Gesellschaft der Beklagte sämmtliche Activa der Gesellschaft übernahm, daraus keineswegs mit Nothwendigkeit folgt, daß er damit auch eine Forderung gegen den Kläger auf diejenigen Beträge erworben hatte, welche diesem auf seinem Specialconto debitirt waren, so daß es, wenn das Gegentheil angenommen werden sollte, eines Verzichts bedurft hätte. Es war vielmehr Sache des mit der Auslegung des Vertrags betrauten Richters, zu prüfen und festzustellen, was unter dem von den Contrahenten gebrauchten Ausdruck: „Gesellschaftsactiva" zu verstehen sei, ob nur die (wirklichen) Forderungen der Gesellschaft, deren Realisirung also der Gesellschaft selbst zugestanden hatte, oder aber alle diejenigen Posten, welche der Gesellschaft in den Büchern creditirt waren.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 11. Decbr. 1880 in einer preuß. (landrechtl.) Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 59.

---

285. Wird ein kaufmännischer Verpflichtungsschein durch die Clausel der Zahlung an „den sonstigen getreuen Inhaber" zum Orderpapier?

Vgl. Bd. 32 Nr. 163, sowie oben Nr. 268.

Inhalts der die Grundlage des Klaganspruchs bildenden, mit der Ueberschrift „Obligation" versehenen Schuldurkunde d. d. Lübeck, 6. März 1874 bekennt der Beklagte, von (dem Makler) L. in Lübeck die Summe von 2000 ℳ Courant empfangen zu haben, verspricht, dieselbe jährlich mit 5 % zu verzinsen, und verpflichtet sich, das genannte Kapital sechs Monat a dato nach vorheriger, beiden Theilen freistehender, dreimonatlicher Kündigung gegen Zurücklieferung dieser Obligation an den genannten L. „oder sonstigen getreuen Inhaber der Obligation" als Wechselgeld zurückzuzahlen, und zwar unter Verpfändung aller sowohl jetzigen als künftigen Habe des Beklagten. Der jetzt als Kläger auftretende Vorschuß- und Sparverein zu Lübeck hat diese mit dem Blancoindossament des ursprünglichen Gläubigers L. versehene Obligation auf den 13. Februar 1877 notariell kündigen lassen und verlangt nun Auszahlung des Kapitals nebst den vertragsmäßigen Zinsen zu 5 % vom Tage der Ausstellung . . ., indem er behauptet, daß L. ihm alle Rechte aus der Obligation mittels des Blancoindossaments übertragen habe. . . .

Es ist irrthümlich, wenn das Handelsgericht annimmt, daß hier kein indossables Orderpapier vorliege, weil bei diesen Papieren der Gebrauch

des Wortes „Order“ wesentlich sei (vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 21 Nr. 30 S. 80 ff.). Nun ist freilich die Behauptung des Klägers, daß gerade in Lübeck der Ausdruck „oder an den sonstigen getreuen Inhaber“ zur Erreichung des gegenwärtig vorzugsweise mit den Worten „an Order“ beabsichtigten Zwecks in älterer Zeit üblich gewesen sei, nicht erwiesen. Erwägt man aber, daß die hier fragliche Clausel, wenn man in derselben nur die Anerkennung der Cessibilität finden wollte, als gänzlich bedeutungslos erscheinen würde, da die Cessibilität nicht nur nach dem zur Zeit der Ausstellung der Urkunde, sondern auch nach dem älteren in Lübeck geltenden Recht schon ohnedies zweifellos war; daß ferner auch nicht angenommen werden kann, es solle durch die Clausel nur ausgedrückt werden, daß der dritte Inhaber seinen redlichen Besitz noch zu beweisen habe, da dieselbe dann ebenfalls gänzlich überflüssig sein würde; daß endlich darin auch nicht eine bloße Vermuthung dafür gefunden werden kann, daß der dritte Inhaber (als einfacher Mandatar oder Cessionar) zur Einklagung der Forderung legitimirt sei, da in diesem Falle der Zusatz „getreuen“ bedeutungslos sein würde; daß daher in Ermangelung jeden Anhalts dafür, daß die Clausel „oder an den sonstigen getreuen Inhaber“ jedes bestimmten Inhalts entbehren solle, nach einer anderen verständigen Bedeutung derselben gesucht werden muß, so kann diese nur darin erblickt werden, daß, wenigstens unter den vorliegenden Umständen, wo der Aussteller der Schuldurkunde Kaufmann ist und diese im Uebrigen den Voraussetzungen des Art. 301 des HGB. entspricht, durch das in dem Verpflichtungsschein enthaltene alternative Versprechen, einem bestimmten Gläubiger oder dem sonstigen getreuen Inhaber der Urkunde zu zahlen, ein den Bedürfnissen des Handelsverkehrs entsprechendes negotiabeles Papier in dem Sinn geschaffen werden sollte, daß dasselbe durch einfaches Indossament und mit den diesem durch das HGB. beigelegten besonderen Wirkungen übertragbar sei, daß mithin der gedachte Zusatz als gleichbedeutend mit dem Zusatz „an Order“ anzusehen ist. Hierfür spricht in concreto auch nicht nur der Umstand, daß der Beklagte durch den bei Unterzeichnung der sog. Obligation seinem Namen beigefügten Zusatz „in Firma Heinrich Erdtmann“ seine Kaufmannseigenschaft noch besonders hervorgehoben hat, sondern namentlich der fernere Umstand, daß er sich, wie dies bei Wechseln und Orderpapieren schon gesetzlich ist (vgl. Art. 39, 73 der WO., Art. 303 Abs. 3 des HGB.), nur „gegen Zurücklieferung dieser Obligation“ zur Rückzahlung des Kapitals verpflichtet, da dies zur Sicherstellung des Schuldners nur dann erforderlich ist, wenn der Schuldschein gewissermaßen der Träger der Obligation ist und der Inhaber desselben ein eigenes selbständiges Recht auf Grund des Schuldscheins zu beanspruchen vermag. Einigermaßen unterstützt wird diese Auslegung auch noch dadurch, daß im weiteren Verlauf des Schuldscheins die Kapitalschuld als Wechsel-Geld und dieser selbst als eine wechsel-

mäßige Obligation bezeichnet wird, auch der Aussteller einwilligt, sich gegen bloße Vorzeigung der Obligation die Execution nach Wechselrecht gefallen lassen zu wollen. Aber auch ganz abgesehen von diesen concreten Umständen, rechtfertigt sich die obige Auslegung des Vertragswillens schon dadurch, daß in älterer Zeit der Zusatz „oder an den Inhaber" bzw. „oder an den getreuen Inhaber", wenn er in kaufmännischen Schuldbriefen und insbesondere auch in Wechseln gebraucht wurde, gerade dasjenige auszudrücken beabsichtigte, was man gegenwärtig durch den Zusatz „oder an Order" zu erreichen bezweckt. Vgl. Prot. der Wechselconferenz S. 12, Prot. zum HGB. S. 438, Borchardt in Weiske's Rechtslexikon Bd. 14 S. 366.

Erk. des ehemal. ROHG. (2. Sen.) v. 2. Febr. 1878 in einer lübecker Sache. Entsch. des ROHG. Bd. 23 S. 293 ff.

---

286. Das kaufmännische Retentionsrecht an einer Lebensversicherungspolice (Art. 313 des HGB.) erlischt nicht durch die gegen Zahlung der Versicherungssumme zum gerichtlichen Depositum und unter Vorbehalt der Rechte des Gläubigers erfolgte Herausgabe der Police an die Versicherungsgesellschaft.

Das Eigenthum des (verstorbenen Gemeinschuldners) K. an der Lebensversicherungspolice Nr. 28469 bzw. an der eingezahlten und hinterlegten Versicherungssumme, sowie die Zubehörigkeit dieser Summe zu der klagenden Concursmasse des K. ist nicht bestritten; jenes Eigenthum bildet vielmehr für das von der beklagten Actiengesellschaft geltend gemachte Pfand- und Retentionsrecht an jener Police, bzw. an der gezahlten und hinterlegten Versicherungssumme, die rechtliche und thatsächliche Voraussetzung.

Daß die Beklagte an der Police nicht ein Pfandrecht erworben hat, ergiebt sich, wie von dem Vorderrichter ausgeführt, aus den Bestimmungen des preuß. Rechts. Dagegen ist von beiden Vorderrichtern mit Recht angenommen, daß die Beklagte — bei der Handelseigenschaft der beiderseitigen Geschäfte — durch die Uebergabe zum Zweck der allerdings wirkungslosen Verpfändung an der Police ein kaufmännisches Retentionsrecht erworben hat (Art. 313 des HGB.). Es fragt sich daher nur, ob dieses Retentionsrecht, wie der Berufungsrichter annimmt, später aufgehoben ist.

In dieser Beziehung ist festgestellt, daß die beklagte Actiengesellschaft wegen der hier in Rede stehenden Forderung gegen die Erben des Gemeinschuldners Klage angestellt und vorzugsweise Befriedigung aus dem Betrage der zu den Acten eingereichten Police beantragt hat. Daß durch diese zum Zweck der Rechtsverfolgung geschehene Uebergabe der Police zu den gerichtlichen Proceßacten nicht ein Verlust des an der Police bestehenden Retentionsrechts herbeigeführt worden ist, folgt aus der Fortdauer des

Retentionswillens und der Detention auf Seiten der Beklagten durch Vermittelung des Proceßrichters. — Nach der ferneren Feststellung des Berufungsrichters ist nun, nach Anstellung der erwähnten Klage, der Betrag der Versicherungspolice von der Versicherungsgesellschaft zum gerichtlichen Depositum gezahlt worden, nachdem die beklagte Actiengesellschaft die Herausgabe der von ihr zu den Acten eingereichten Police an die Versicherungsgesellschaft, vorbehaltlich ihrer Rechte an der Versicherungssumme, bewilligt hatte. — An diesen Vorgang knüpft der Berufungsrichter, entgegen der Auffassung des 1. Richters, den Verlust des Retentionsrechts der Beklagten. Das kann als richtig nicht anerkannt werden.

Das kaufmännische Retentionsrecht bezweckt nicht allein die Sicherheit des Gläubigers, sondern es dient auch als Deckung desselben; denn der Gläubiger kann den Verkauf der retinirten Sache veranlassen und aus deren Erlöse vor anderen Gläubigern des Schuldners sich befriedigen (Art. 315 des HGB.). Dieser Weg war im vorliegenden Falle von selbst verschlossen, nachdem durch den eingetretenen Tod des Versicherten die Versicherungssumme selbst zahlbar geworden war. Die von der Versicherungsgesellschaft angebotene und bewirkte Zahlung der Versicherungssumme war ihrerseits eine Erfüllung der Versicherungsobligation und die Ausantwortung der Police gegen Empfangnahme der Zahlung ein nothwendiger Act für die Zahlung selbst. Der Retentionsgläubiger muß sich derartigen rechtlichen Consequenzen, welche aus der obligatorischen Beziehung des Retentionsobjects folgen, unterwerfen. Wenn daher auch die Existenz des Retentionsrechts an die Fortdauer des Besitzes oder der Gewahrsam geknüpft ist, so ist die Ausantwortung der Police nach geleisteter Zahlung nicht eine Aufgabe des Besitzes in diesem Sinn, sondern eine Rückgabe der obligatorischen Beweisurkunde als Zeichen und zur Bestätigung der Erfüllung der Obligation selbst. Daß nur die Beklagte an sich und rechtlich im Umfange ihres Retentionsrechts für befugt zu erachten war, auf die retinirte Police die Versicherungssumme in Empfang zu nehmen, das kann nicht bedenklich sein; denn in jener Summe bestand der materielle Werth des Retentionsobjects. Wenn nun die Versicherungssumme, weil Rechte anderer Personen streitig waren, zum Schutz der streitigen Rechte zur gerichtlichen, d. i. zu der für solche Fälle vom Gesetz bestimmten Verwahrung (preuß. allg. LR. Th. I Tit. 14 §§ 92 f.) genommen worden ist, so folgt daraus nothwendig schon von selbst, daß die concurrirenden Rechte wie an der Sache so an dem Gelde fortdauern, und im vorliegenden Fall um so unbedenklicher, als sich die Beklagte bei der Deposition der Versicherungssumme ihre Rechte aus der Retention der Police ausdrücklich vorbehalten und nur unter diesem Reservat in die Ausantwortung der Police an die zahlende Versicherungsgesellschaft eingewilligt hat. Die Vorschrift des § 559 Th. I Tit. 20 des preuß. allg LR., wonach durch

die Verabfolgung der retinirten Sache das Retentionsrecht verloren geht, trifft nicht zu, weil die Ausantwortung der Police gegen Zahlung der Versicherungssumme und in Ausübung des Retentionsrechts selbst erfolgt ist. Es spricht für die Fortdauer des Retentionsrechts der Beklagten an der hinterlegten Versicherungssumme nicht allein der diesem Recht unterliegende materielle Zweck der Deckung, sondern auch die Vorschrift des § 562 a. a. O., wonach bei der Absonderung der retinirten Sache seitens des Gerichts das Retentionsrecht erhalten bleibt, solange sich die Sache oder deren Werth in gerichtlicher Verwahrung befindet. Wie das Pfandrecht fortdauert, wenn die verhaftete bewegliche Sache in eine Sache von anderer Art verändert wird (§ 261 a. a. O.), so erstreckt sich das rechtsähnliche Retentionsrecht um so mehr auf die an Stelle der Versicherungspolice getretene, zur Sicherung der Rechte der Beklagten in gerichtlicher Verwahrung gehaltene Versicherungssumme.

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 11. Juni 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Dortmunder Union w. Kelb'sche Concursmasse. Wck.

---

287. Die bei Genuskäufen gegen Aushändigung des Connossements geleistete Zahlung gilt als Vorschußzahlung, nicht als Erfüllungshandlung des Käufers.

Vgl. Bd. 8 Nr. 40.

Hat der Käufer eine Zahlung geleistet oder ein Wechselversprechen gegeben, um damit den Vertrag zu erfüllen, d. h. definitiv zu erfüllen, so kann, abgesehen vom Fall des Art. 355 des HGB., von einer Rückforderung des Kaufpreises oder des Versprechens keine Rede sein. Der Käufer kann nur Erfüllung seitens des Verkäufers verlangen oder sein Interesse geltend machen. Fordert er als solches den Betrag des Kaufpreises, so hat er zu substantiiren, daß gerade darin das Interesse besteht. Behauptet in diesem Fall der Verkäufer, vertragsmäßig erfüllt zu haben, so hat er dies zu beweisen. Der Käufer kann dagegen nicht ohne Weiteres den Kaufpreis als solchen zurückfordern, auch wenn er beweisen wollte, der Verkäufer habe nicht vertragsmäßig geliefert.

Ganz anders aber stellt sich das Verhältniß, wenn die Leistung des Käufers nicht als definitive Erfüllung erscheint, sondern als provisorische, genauer als eventuelle, nicht als Zahlung, sondern als Deckung, als Vorschuß, wenn dieselbe so gegeben wurde, daß sie erst bei Eintritt einer gewissen Bedingung oder Voraussetzung, nämlich der vertragsmäßigen Leistung des Verkäufers, zur Erfüllung werden sollte (vgl. Römer in der Zeitschrift für HR. Bd. 19 S. 130 ff., Bd. 23 S. 29). Ob die Leistung des Käufers als Zahlung oder als Vorschuß gegeben werde, dafür ist der Wille der Contrahenten maßgebend. Im einzelnen Fall wird dieser Wille häufig nicht

ausdrücklich ausgesprochen sein. Es ist dann zurückzugehen auf den allgemeinen Verkehrswillen. Ob es möglich ist, einen gleichmäßigen Inhalt dieses Verkehrswillens für alle Fälle der sog. Vorausbezahlung des Kaufpreises festzustellen, kann hier dahingestellt bleiben. Es genügt für den vorliegenden Fall, daß sich bei Genuskäufen für die gegen Aushändigung des Connossements über die Waare erfolgte Leistung einer Zahlung oder eines Wechselversprechens ein solcher Verkehrswille allgemein feststellen läßt. Derselbe geht dahin, daß in diesen Fällen die Leistung als Vorschuß aufgefaßt wird. Dies ergiebt sich aus Folgendem.

Auszugehen ist von dem allgemeinen Rechtssatz, daß, wenn nichts Besonderes vereinbart ist, der Verkäufer Zahlung des Kaufpreises nur verlangen kann, wenn er seinerseits erfüllt hat, bzw. gegen Erfüllung, also gegen Leistung des Kaufobjects, beim Genuskauf gegen Leistung der Waare in der vertragsmäßigen und gesetzmäßigen Beschaffenheit. Der Verkäufer muß mithin beim Genuskauf, ehe er den Kaufpreis fordern kann, dem Käufer die Möglichkeit gewähren, sich von dieser Beschaffenheit der Waare zu überzeugen. Bei Platzgeschäften kann der Verkäufer dem Käufer die Möglichkeit der Untersuchung gewähren, ohne sich der Waare zu entäußern, und die Uebergabe erst dann vornehmen, wenn Billigung erfolgt ist. Auch beim Distanzgeschäft ist diese Möglichkeit zwar gegeben durch Herbeiziehung eines Dritten, welcher die ihm vom Verkäufer zugesendete Waare für diesen detinirt, dieselbe dem Käufer vorzeigt und nach erfolgter Genehmigung überträgt. Allein ein solches Verfahren ist mit Weitläufigkeiten verbunden und verursacht Kosten. Beides wird vermieden, wenn der Verkäufer die Waare dem Käufer direct zusendet. Allein damit giebt der Verkäufer die Waare aus der Hand und verliert die Sicherheit, welche er in der Waare hatte. Dazu kommt, daß der Verkäufer die Benutzung des Kaufpreises zu lange entbehren muß, wenn er denselben erst nachdem die Waare vielleicht nach längerer Zeit in die Hand des Käufers gelangt und von diesem gebilligt ist, beanspruchen kann. Andererseits ist es leicht thunlich, dem Käufer die ausschließliche Verfügung über die Waare, schon bevor dieselbe zu ihm gelangt, einzuräumen durch Uebergabe der Transportpapiere, insbesondere des Connossements, und damit ihm Sicherheit und die Veräußerungsmöglichkeit zu verschaffen. Es liegt daher nahe, daß schon während die Waare noch unterwegs, ja schon sobald sie nur abgeladen ist, ein Austausch von Werthen stattfindet, welche ebenso als Sicherheiten wie nach ihrem Gebrauchswerth in Betracht kommen. Dieser Austausch hat zugleich den Vortheil, daß der Kauf provisorisch erfüllt wird, so daß, wenn die Waare vertragsmäßig ausfällt, von beiden Seiten nichts weiter zu geschehen hat. Die Waare bleibt dann als Erfüllung beim Käufer, die Zahlung als Erfüllung beim Verkäufer. Allein an sich ist dieser Austausch noch keine Erfüllung. Daß der Käufer die Waare,

die nicht von gesetzmäßiger oder vertragsmäßiger Beschaffenheit ist, zurückweisen kann, nicht zu empfangen braucht, wenngleich sie ihm durch Connossement schon tradirt war, wird von Niemandem bestritten. In der Aufnahme der übersandten Waare liegt noch keine Empfangnahme, d. h. keine Erklärung des Käufers, daß er die Uebergabe der Waare als Erfüllung anerkenne, und ebensowenig liegt eine solche in der Annahme des Connossements. Dem entspricht aber, daß der Käufer seinerseits die Leistung, welche er dem Verkäufer macht, nicht als Erfüllung auffaßt, sondern als Vorbereitung zu einer solchen. Das Verkehrsbedürfniß geht dahin, daß der Käufer dem Verkäufer, welcher die Waare aus der Hand giebt und damit die Möglichkeit der Verwerthung derselben verliert, einen dem Kaufpreis gleichen Werth als Sicherheit und zur Verwerthung zuweist. Nicht aber liegt ein Bedürfniß dafür vor, daß der Käufer diesen Werth als Vertragserfüllung gewähre, und im eigenen Interesse des Käufers liegt dies ebenfalls nicht.

Macht sich nun aber im gewöhnlichen Verkehr in keiner Weise das Bedürfniß geltend, unter den angegebenen Verhältnissen eine Leistung (Auszahlung oder Wechselverpflichtung) als Erfüllungshandlung, als definitive Zahlung vorzunehmen, ist vielmehr allen Bedürfnissen bei Auffassung des Geschäfts als Sicherheitsleistung, als provisorischer Zahlung entsprochen, ist also unerfindlich, warum der Käufer sich durch Erfüllung seinerseits in eine schlimmere Lage setzen sollte, so muß es als Aeußerung des vernünftigen allgemeinen Verkehrswillens angesehen werden, daß die gegen das Connossement geleistete Zahlung an sich als Vorschußleistung, als eine provisorische Zahlung gewährt und angenommen werde. Dieser allgemeine Verkehrswille muß aber im einzelnen Fall dann als maßgebend angesehen werden, wenn besondere ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärungen anderer Art nicht vorliegen. Zu demselben Resultat, und in Anwendung auf einen weiteren Thatbestand und mit zum Theil anderer Begründung ist das ROHG. gelangt (Entsch. Bd. 2 S. 182; Bd. 6 S. 272; Bd. 7 S. 236; Bd. 11 S. 185; Bd. 15 S. 218). Ueber die frühere und spätere Auffassung des OAG. Lübeck s. Voigt neues Archiv für HR. Bd. 4 S. 64.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 11. Decbr. 1880 in einer preuß. (landr.) Sache. Annalen des RG. Bd. 3 S. 313.

---

288. Voraussetzungen der Verkaufsselbsthülfe des Käufers der beanstandeten Waare.

Wie der Appell.-Richter richtig ausführt, hat der Käufer, welcher eine gekaufte Waare dem Verkäufer wegen mangelhafter Qualität zur Disposition stellt, und zwar auch dann, wenn ihm ein Anspruch auf Ent-

schädigung wegen Nichterfüllung zusteht, nicht ohne Weiteres das Recht, die gelieferte Waare nach Maßgabe des Art. 343 des HGB. im Wege der Selbsthülfe verkaufen zu lassen; der Käufer darf vielmehr zunächst nur die Waare retiniren und hat für deren Aufbewahrung nach Art. 348 Abs. 1 des HGB. zu sorgen. Nur unter besonderen Voraussetzungen hat ihm Art. 348 Abs. 5 die Befugniß zum Verkauf nach Maßgabe des Art. 343 beigelegt. Diese Befugniß kann der Käufer sowohl im eigenen Interesse als im Interesse des Verkäufers, um Schaden von demselben abzuwenden, also als dessen negotiorum gestor ausüben. Der Appell.-Richter erwähnt nur die Befugniß des Käufers zum Verkauf als negotiorum gestor des Verkäufers, nicht zum Zweck der eigenen Deckung. Daß er die Befugniß zu diesem letzteren Zweck verneinen will, ist nicht ersichtlich; es kommt aber nicht entscheidend darauf an; denn mag der Käufer die Befugniß im eigenen oder in des Verkäufers Interesse ausüben, in beiden Fällen müssen die gesetzlichen Requisite des Art. 348 Abs. 5 vorliegen, daß nämlich die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 17. Novbr. 1880 in einer preuß. (landrechtl.) Sache. Fenner u. Mecke Archiv Bd. 2 S. 207 ff.

---

289. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger des Guts bestimmt sich auch dann nach dem Ladeschein, wenn die Ablieferung auf Grund des für den Frachtführer bestimmten Duplicats des Ladescheins erfolgt.

Vgl. Bd. 20 Nr. 170.

Es ist nicht erwiesen, daß die Beklagte das eine für den Empfänger bestimmte Exemplar des Ladescheins vor der Ablieferung der Kohlen bekommen hat; abgeliefert ist die Kohlenladung an sie auf Grund des für den (Fluß-)Schiffer bestimmten Duplicats des Ladescheins, nach welchem der Empfänger die jetzt eingeklagte Fracht für den Doppelcentner der abgelieferten Kohlen mit 55 ₰ zu zahlen hatte. Die Beklagte will überdies deshalb nicht zur Zahlung verpflichtet sein, weil nach dem mit dem Absender geschlossenen Vertrage die Zahlung der Fracht diesem obliege. Höchstrichterlich wurde ausgesprochen:

„Nach Art. 415 des HGB. dient der Ladeschein dazu, die Rechtsverhältnisse zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger der Waare festzustellen. Nach der Feststellung des Berufungsrichters ist die Ablieferung der Ladung Kohlen vom Steuermann der Klägerin an den Beklagten auf Grund des von diesem Steuermann über die Ladung ausgestellten Ladescheins erfolgt. Nur hierauf kommt es an, um den Ladeschein für das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien entscheidend zu machen, da die Beklagte die Ladung nicht unter anderen Bedingungen annehmen konnte,

als sie abgeliefert wurde. Unerheblich daneben ist es, ob der Empfänger schon vorher das Exemplar des Ladescheins, welches der Absender erhalten, bekommen hatte, ferner, was sonst zwischen dem Absender und dem Empfänger verabredet ist, auch, ob der Ladeschein der Beklagten gegenüber ausgestellt war; Letzteres schon deshalb, weil der Ladeschein nach Art. 413 des HGB. dem Absender, nicht dem Empfänger, vom Frachtführer ausgestellt wird."

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 7. Mai 1881 in der preuß. Sache Oppenheimer Söhne w. Naumann. Wck.

---

290. Der Nehmer eines Blancoaccepts ist nicht zur Domicilirung des Wechsels berechtigt.

Vgl. Bd. 35 Nr. 319 mit Nachw.

... Ohne den Hinzutritt noch weiterer Thatsachen hätte der Widerbeklagte sich nicht für ermächtigt achten dürfen, den Wechseladressaten Domicile beizuschreiben. Der Nehmer eines Blankettaccepts ist im Zweifel lediglich befugt, demselben die regelmäßige Form einer Tratte zu geben. Sein Ausfüllungsrecht erstreckt sich nicht mit auf die Domicilirung. Denn daß der Trassat selbst in seinem Wohnort die Zahlung leistet, bildet die Regel. Dagegen ist die Bestimmung eines von seinem Wohnort verschiedenen Zahlungsorts als Ausnahme zu betrachten, schon darum, weil der Bezogene die Mittel zur Zahlung nur an seinem Wohnort bereit hält. Soll der Blankettnehmer den Wechsel domiciliren dürfen, so muß ihm das ausdrücklich oder doch durch Aeußerungen oder Handlungen verstattet sein, aus denen auf den bezüglichen Willen des Gebers sicher geschlossen werden kann. ...

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 3. Decbr. 1880 in einer sächs. Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 62.

---

291. Ob eine Aenderung des Wechsels* oder Wechselformulars (speciell die Ausfüllung des Blanketts** mit einer höheren als der verabredeten Summe) als Wechselfälschung zu behandeln ist, beurtheilt sich nach wechselrechtlichen Grundsätzen.

*Vgl. Bd. 20 Nr. 172; Bd. 33 Nr. 332; Bd. 35 Nr. 159 mit Nachw., Nr. 242 mit Nachw. — **Vgl. Bd. 35 Nr. 73 mit Nachw., Nr. 327; Bd. 36 Nr. 227.

Der mit der Wechselklage belangte Indossant schützte die Einrede der Wechselfälschung vor, gestützt darauf, daß die Wechselsumme zur Zeit seines (Gefälligkeits-) Indossaments zwar oberhalb des Wechseltextes mit der Ziffer von 200 M, aber noch nicht im Text selbst mit Buchstaben ausgefüllt gewesen sei und der Aussteller dort hernach statt wie ihm versprochen nur 200 M, die Summe von 2100 M eingetragen habe. Die Einrede wurde in 2. und 3. Instanz verworfen. Höchstrichterlich ward ausgesprochen:

„Abgesehen von den Normen der Art. 75, 76 u. 98 Nr. 9 der WO. über den Einfluß der Fälschung oder Verfälschung von Unterschriften des Wechselausstellers, Acceptanten oder Indossanten auf die Wechselverbindlichkeit aus den auf dem betreffenden Wechsel befindlichen echten Unterschriften enthält die WO. keinerlei ausdrückliche Bestimmung über die Rechtswirkung, sei es von Aenderungen der ursprünglichen Beurkundung eines der nach Art. 4 oder 96 wesentlichen Erfordernisse in einem vor der Aenderung bereits vollständig geschaffenen Wechsel,' sei es von Aenderungen oder von unbefugter Ausfüllung des Inhalts eines bereits mit Namenszeichnungen zum Zweck der Creirung eines Wechsels versehenen, aber sonst entweder überhaupt nicht, oder doch nicht in Bezug auf einzelne wesentliche Bestandtheile eines Wechsels ausgefüllten Wechselformulars.

Aus dem Inhalt der Motive zu den §§ 71, 72 des Entwurfs einer WO. für die preuß. Staaten nach den Beschlüssen der Commission des königl. preuß. Staatsraths von 1847 in Verbindung mit dem Protocoll über die 22. Sitzung vom 17. November 1847 der leipziger Wechselconferenz ist ersichtlich, daß die Unterlassung des Ausdrucks solcher Bestimmungen in der WO. in der Ueberzeugung erfolgt ist, daß es gerathener sei, eine allmähliche Entwickelung der Normen für die gekennzeichneten Rechtsverhältnisse der Rechtsprechung zu überlassen, welche diese schwierige Aufgabe am Zuverlässigsten lösen könne wegen der successiven Anregung durch die vielen einzelnen zur Aburtheilung gelangenden Streitfälle, die zugleich als Probe der praktischen Consequenzen jedes festzustellenden Grundsatzes dienen würden.

Es scheint auf einem unrichtigen Verständniß jener Materialien zu beruhen, wenn der Inhalt derselben dahin aufgefaßt worden ist, als hätten die damals mitwirkenden Factoren angenommen, jene Rechtsverhältnisse könnten nicht nach Normen geregelt werden, welche aus dem Geist der WO. entfließen, sondern lediglich nach den Principien desjenigen bürgerlichen Rechts, welches regelmäßig die Rechtsverhältnisse in demjenigen Bezirk beherrsche, in welchem jene durch die Aenderung eines Wechsels oder die Aenderung (bzw. Ausfüllung) eines Wechselformulars beeinflußten Rechtsverhältnisse entstanden seien. Jedenfalls wäre eine etwaige Annahme der Art seitens jener Factoren als eine irrige und deswegen nicht maßgebende zu bezeichnen.

Ob eine Aenderung oder Ausfüllung des Inhalts eines mit Namenszeichnungen versehenen Papiers, welches in Verbindung mit der durch jene Operationen hergestellten urkundlichen Erklärung objectiv als eine Wechselverbindlichkeit nach Maßgabe dieser Erklärung begründend erscheint, geeignet sei, im Sinne des Art. 82 der WO. eine aus dem Wechselrecht selbst entspringende, und deswegen gegen jeden, auch den gutgläubigen,

Wechselinhaber durchgreifende Einrede zu erzeugen, das kann nur aus dem Wechselrecht entnommen werden.

Maßgebend für die Lösung dieser Frage ist die nach dem Inbegriff der Bestimmungen der WO. von dem Gesetzgeber gewollte Sicherheit des Wechselverkehrs in Verbindung mit allgemeinen, durch Vernunft und Erfahrung begrundlagten Grundsätzen über die Vertretung der Folgen bewußter, in Rechtskreise eingreifender Handlungen, welche Grundsätze als dem auf der Höhe der gegenwärtigen Bildung stehenden Willen des Gesetzgebers einwohnende, mit jener gewollten Sicherheit in seinem Geist verknüpfte gelten müssen. Der Gesetzgeber hat erkennbar gewollt, daß der Wechsel, als ein regelmäßig zum Umlauf bestimmtes Werthpapier, in seiner Form Träger der Wechselrechte sei; daß seine Form in Verknüpfung mit dem Wechselrecht entscheidend sei für das wechselrechtliche Verhältniß aller nur im Wechselverbande stehenden Personen, wenn auch die Grundsätze des bürgerlichen Rechts für diejenigen civilrechtlichen Verhältnisse normativ bleiben, welche zur Schöpfung des Wechsels oder zur Thätigung einzelner Wechselunterschriften geführt haben, und daraus für die in dem Nexus jener civilrechtlichen Verhältnisse stehenden Personen auch in Bezug auf ihre gegenseitigen Wechselrechte und Pflichten Behelfe entstehen können.

Es ist ferner entschieden vernünftig, daß nicht der gutgläubige Erwerber eines in Umlauf gesetzten, sich äußerlich als unverdächtig darstellenden, die echte Unterschrift des urkundlich verpflichtet Erscheinenden tragenden, an sich durch seine Formen verbindenden Geldsummenversprechens dadurch von der wirksamen Geltendmachung des Rechts auf Zahlung der versprochenen Summe ausgeschlossen werde, daß diejenige Person, deren echte Unterschrift unter jenem Summenversprechen steht, einen Dritten durch Gewährung eines, demnächst gemißbrauchten, Zutrauens objectiv in die Lage setzte, jenes Formpapier in der cursirenden Weise zu thätigen, wenn auch die Abrede jener Person und des Dritten zwar auf Creirung und Incurssetzung eines Formpapiers jener Gattung, indessen unter für jene (ihre Unterschrift hergebende) Person weniger lästigen Bestimmungen gerichtet gewesen sein sollte, daß vielmehr letztere Person ihre urkundlich erscheinende Verpflichtung, als Folge ihres eigenen Verhaltens, im Verhältniß zu jenem gutgläubigen Erwerber erfüllen muß.

Die oberstrichterliche Judicatur hat daher bereits mit Recht aus dem Geist der WO. den Grundsatz hergeleitet, daß derjenigen Person, welche ihre Namensschrift auf ein sonst leeres Blatt Papier setzt und es einem Dritten übergiebt, um daraus einen Wechsel zu creiren und in Umlauf zu setzen, keine aus dem Wechselrecht entfließende, d. h. keine dem gutgläubigen Wechselinhaber gegenüber durchgreifende, Einrede der Fälschung oder Verfälschung zusteht, falls jener Dritte das Blankett in für jene Person lästigerer Weise, als verabredet war, ausgefüllt hat.

Gleiche Grundsätze sind ferner bereits mit Recht zur Geltung gebracht, wenn das betreffende Papier zur Zeit der Namensschrift und Aushändigung an den Dritten zwar nicht ganz leer, aber doch nur in Bezug auf einzelne wesentliche Bestandtheile des zu creirenden Wechsels ausgefüllt und eine abredewidrige Ausfüllung in Bezug auf die noch nicht beurkundeten Wechseleffentialien gethätigt worden war.

Diesen Fällen steht nun der Fall principiell ganz gleich, in welchem von zwei verschiedenen, gesetzlich gleichzeitig statthaften Beurkundungsweisen eines wesentlichen Erfordernisses eines Wechsels, von denen aber das Gesetz vorschreibt, daß im Fall ihrer etwaigen Verschiedenheit die eine allein maßgebend sei [1]), nur die eine, im Fall der Verschiedenheit nicht maßgebende, zur Zeit der Namensschrift und Aushändigung des Wechsels an den Vertrauensmann beurkundet, dagegen in dem Wechselformular die, zu der im Fall der Verschiedenheit maßgebenden Bezeichnungsweise formularmäßig bestimmte, Stelle offen gelassen ist, so daß offensichtlich durch die Ausfüllung dieser Stelle in jener maßgebenden Bezeichnungsweise das im Wechselumlauf geltende Essentiale creirt werden konnte, und demnächst, wenn auch abweichend und für den Wechselverpflichteten lästiger als die verabredete und die zur Zeit der Namensunterschrift zwar beurkundete, aber nach der gekennzeichneten Ausfüllung in unerheblicher Weise beurkundete Bezeichnung, creirt ist.

Es ist ganz gleichgültig, daß etwa der Dritte die ursprüngliche Bezeichnung nachträglich ändert und mit der maßgebenden, durch die oben gekennzeichnete Ausfüllung hergestellten Bezeichnung in Uebereinstimmung setzt, denn eine solche Aenderung betrifft ein für die Wechselverbindlichkeit aus dem umlaufenden Wechsel unwesentliches Moment. . . ."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 16. Octbr. 1880 in einer mecklenb. Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 97 ff.

---

292. Muß der in der Wohnung des Bezogenen aufgenommene Abwesenheitsprotest die Bemerkung enthalten, daß ein Geschäftslocal desselben nicht vorhanden sei?

Vgl. Bd. 11 Nr. 291; Bd. 12 Nr. 74; Bd. 14 Nr. 61; Bd. 23 Nr. 290; Bd. 33 Nr. 72.

Der Art. 91 der WO. bezeichnet im ersten Satz als Ort, an welchem die Protesterhebung geschehen muß, wenn sie rechtliche Wirkung haben soll, das Geschäftslocal der um die Annahme oder Zahlung des Wechsels anzugehenden Person „und in Ermangelung eines solchen, deren Wohnung". An anderen Orten den Protest zu erheben verstattet der Artikel (Satz 2)

[1]) Nämlich nach Art. 5 der WO. die in Buchstaben ausgedrückte Summe gegenüber der abweichenden Ziffer.

nur, sobald die Betheiligten damit einverstanden sind. Der 3. Satz des Artikels regelt das Verhalten des Protestbeamten für den Fall, daß ein Geschäftslocal oder eine Wohnung sich nicht ermitteln läßt. Die genaue Befolgung dieser Gesetzesvorschriften ist unstreitig wesentliches Erforderniß eines formgerechten Protestes. Auch muß die Befolgung aus der Protesturkunde zu ersehen sein, zumal dann, wenn die Person, gegen welche der Protest erhoben wird, die Wahl des Protestorts nicht genehmigt. Hiernach leidet es keinen Zweifel, daß ein Abwesenheitsprotest, welcher die gehörige Beobachtung der den Ort der Protestaufnahme angehenden gesetzlichen Bestimmungen nicht nachweist, der rechtlichen Gültigkeit entbehrt. Immerhin aber fragt es sich, wie weit in dieser Hinsicht die an den Inhalt der Protesturkunde zu stellenden Anforderungen reichen. Das Gesetz verpflichtet den Protestbeamten nicht ausdrücklich, in jedem Fall zunächst nach dem Geschäftslocal des Protestaten sich zu erkundigen und das Nichtvorhandensein festzustellen, wenn er den Protest in der Wohnung aufnehmen will. Einer so strengen Auslegung bieten die Worte des Gesetzes mindestens keinen zuverlässigen Anhalt. Ebensowenig ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber eine derartige Anordnung beabsichtigt hätte. Wie die Protocolle der Leipziger Wechselconferenz (zu § 83 des pr. Entwurfs S. 163 der Thöl'schen Ausgabe) deutlich ergeben, soll Satz 1 und 2 des Art. 91 hauptsächlich darüber Bestimmung treffen, daß der Protestat die Vorlegung des Wechsels an einem geeigneten Ort, in der Regel nämlich, falls er nicht einen andern Ort für den geeigneten anerkennt, dort verlangen darf, wo er sich dem gewöhnlichen Geschäftsgange nach zur Annahme bereit hält, ingleichen darüber, welche Räumlichkeiten als Ort der vorauszusetzenden Bereitschaft zu gelten haben. Ist hierbei an erster Stelle das Geschäftslocal und nur aushülfsweise (in Ermangelung eines solchen) die Wohnung genannt worden, so darf daraus allein noch nicht gefolgert werden, das Gesetz habe den Protestbeamten anweisen wollen, ohne Unterschied überall, wo es auf die Wahl des richtigen Orts ankommt, zuvörderst nach einem Geschäftslocal zu suchen, und, da nöthig, auf dem in Satz 3 vorgezeichneten Wege des Nichtvorhandenseins sich zu vergewissern. Eine solche Anweisung wäre vielleicht am Platz gewesen, wenn der Wechselverkehr sich auf den Handelsstand, auf Personen beschränkte, welche ihre Geschäfte in von der Wohnung getrennten Localen zu betreiben pflegen; wenn demnach in jedem Fall eine thatsächliche Vermuthung für das Bestehen eines Geschäftslocals stritte. Davon kann jedoch bei der Erstreckung der Wechselfähigkeit auf alle Vertragsfähige nicht die Rede sein. Die Erfahrung zeigt, daß eine beträchtliche Anzahl von Personen, die nicht Kaufleute sind und eigene Geschäftslocale nicht halten, wechselmäßige Verpflichtungen eingehen. Rücksichtlich dieser Klasse von Wechselschuldnern würde die grundsätzliche Nöthigung des Protestbeamten zu vorerstigen Erörterungen über das Vo-

stehen eines Geschäftslocals auf eine leere, den Wechselverkehr zwecklos erschwerende Formalität hinauskommen. Auch Satz 3 des Art. 91 spricht nicht für die gegentheilige Auffassung. Derselbe läßt die Frage, ob der Notar oder Gerichtsbeamte vor Allem nach dem Geschäftslocal zu forschen und erst, wenn er dieses nicht findet, die Wohnung aufzusuchen habe, ganz unberührt, bestimmt vielmehr lediglich, was geschehen muß, wenn die Nachfrage nach dem einen oder dem anderen Local fruchtlos bleibt; dahingestellt, welches von beiden gegebenen Falls für den richtigen Protestort zu achten ist. Weit eher wäre zu sagen, der 3. Satz unterstütze die mildere Auslegung. Denn wollte der Gesetzgeber wirklich für jeden Protest die vorerstige Ausmittelung eines Geschäftslocals und einen urkundlichen Nachweis der deshalb getroffenen Veranstaltungen fordern, so hätte es nahe gelegen, gerade an dieser Stelle der WO. eine hierauf bezügliche Vorschrift zu geben, nicht bloß im Allgemeinen vorzuzeichnen, wie bei erfolgloser Nachfrage nach Geschäftslocal oder Wohnung zu verfahren sei. Zu Angaben über die Gründe, welche den Protestbeamten bestimmt haben, in dem letzteren und nicht in dem ersteren Local seine Amtshandlung zu vollziehen, verpflichtet ihn der Art. 91 so wenig, als eine andere Gesetzesbestimmung.

Der Art. 88 führt zu Nr. 4 unter den Protesterfordernissen schlechthin nur die Angabe des Orts auf, in welchem das an den Protestaten gestellte Begehren geschehen oder ohne Erfolg versucht worden ist.

Bei dem im Obigen dargelegten Stand der Gesetzgebung und da ferner einerseits zwar von dem Protestbeamten die Bethätigung der nöthigen Sorgfalt in der Aufsuchung des Protestaten und der Wahl des Protestorts verlangt werden muß, andererseits aber auch Formerfordernisse, die das Gesetz weder dem Wortlaut noch dem deutlich erkennbaren Sinn nach hinstellt, deshalb nicht hineingetragen werden dürfen, war der vom ROHG. (Entsch. Bd. 25 Nr. 6 S. 30 f.) ausgesprochenen Ansicht beizutreten, daß die Beurtheilung der Gesetzmäßigkeit des Protestes in Bezug auf das Protestlocal von der Beschaffenheit der Umstände abhängt. Drei Möglichkeiten sind denkbar. Der Wechsel, nach Befinden auch die Protesturkunde, ergeben, daß der Protestat zu den Personen gehört, welche regelmäßig eines Geschäftslocals sich bedienen; oder sie ergeben, daß er eine von den Personen ist, welche gewöhnlich kein derartiges Local besitzen; oder endlich, sie deuten weder das Vorhandensein noch das Nichtvorhandensein eines Geschäftslocals an. Ersteren Falls ist der Mangel eines Geschäftslocals nach der Vorschrift in Satz 3 des Art. 91 festzustellen und im Protest zu verlautbaren, soll ein in der Wohnung erhobener Abwesenheitsprotest als gültig betrachtet werden. Im zweiten Fall steht es der Wirksamkeit eines solchen Protestes nicht entgegen, wenn die Protesturkunde etwaiger vergeblicher Bemühungen um die Ausmittelung eines Geschäftslocals nicht gedenkt. Von dem dritten Fall muß das Nämliche

gelten. Der Vorwurf nachlässigen Verhaltens bei der Aufsuchung des Protestaten trifft den Notar nicht, wenn er unter Verhältnissen, welche das Bestehen eines Geschäftslocals nicht wahrscheinlich machen, von einer Nachfrage darnach absieht und sich sofort zur Protestaufnahme in seine Wohnung begiebt. Die bloße Möglichkeit, daß der in der Wohnung nicht vorgefundene Protestat auch noch ein Geschäftslocal haben kann, bietet keinen hinreichenden Grund, die Ordnungsmäßigkeit des Protestes in Zweifel zu ziehen. . . .

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 21. Sept. 1880 in einer sächs. Sache. Entsch. des RG. Bd. 2 S. 60.

---

293. Rechtliche Natur und Perfection des Lebensversicherungsvertrags. Unverschuldete Unterlassung der Prämienzahlung.

Der bei der beklagten Lebensversicherungsgesellschaft versicherte Erblasser der Kläger hatte die letzte Prämienzahlung unterlassen. Mit Rücksicht auf die Policenbestimmung: daß die Versicherung erlösche, wenn eine Prämienzahlung innerhalb der dafür bestimmten Frist unterbleibe, bat die Beklagte um Abweisung der auf Auszahlung der Versicherungssumme gerichteten Klage. Die 1. Instanz verurtheilte. Das OLG. wies die Klage ab, indem es zwar mit der 1. Instanz eine unverschuldete Unterlassung der Prämienzahlung annahm, aber nach der Natur des Lebensversicherungsvertrags und auf Grund jener Policenbestimmung schon die bloße Thatsache der Nichtzahlung der Prämie für ausreichend erachtete um den Klaganspruch auszuschließen. Die Revision der Kläger wurde aus folgenden Gründen verworfen:

„Das Berufungsgericht gründet seine Entscheidung auf die Natur des in Rede stehenden Vertrags, aus welcher zu entnehmen sei, daß die Zahlung der Prämie zur Verfallzeit die wesentliche Vorbedingung der Verpflichtung der Versicherung bilde. Wenngleich beim Abschluß des Vertrags die Absicht der Parteien auf lebenslängliche Dauer desselben gerichtet und die Jahresprämie mit Rücksicht auf die muthmaßliche Lebensdauer festgesetzt sei, so erscheine doch der Vertrag nur für die Zeit, für welche die Prämie schon bezahlt worden, als vollständig perfect und es finde vermittels der Prämienbezahlungen von Termin zu Termin eine Prolongation des Vertrags statt. Es wird mithin in ähnlicher Weise, wie das röm. Recht (fr. 8 de peric. 18. 6) den zwar endgültig vereinbarten, aber suspensiv bedingten Kaufvertrag als imperfect bezeichnet, zwischen Abschluß und Perfection des Lebensversicherungsvertrags unterschieden und hieraus die Folgerung abgeleitet, daß bei einer Versicherung auf den Todesfall der Anspruch auf die Versicherungssumme nicht eintritt, wenn der Tod während eines Zeitraums erfolgt, für welchen die Prämie noch nicht entrichtet war.

Wenn es nun auch keinem Zweifel unterliegt, daß das Rechtsverhältniß in dieser Weise durch eine in den Versicherungsvertrag aufgenommene Bestimmung geordnet werden kann, so greifen doch Revisionskläger mit Recht die Annahme an, daß dasselbe auch ohne solche Bestimmung schon nach der Natur des Geschäfts sich von selbst verstehe.

Faßt man den Lebensversicherungsvertrag mit der noch immer vorherrschenden Lehre (vgl. Goldschmidt Handb. d. Handelsr. 2. Aufl. Bd. 1 S. 582 und Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 23 S. 179) als eine Art des Versicherungsvertrags auf, so ergiebt sich bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Versicherungsrechts, daß zwar die ältere Theorie und Praxis annahm, die Uebernahme der Gefahr von Seiten des Versicherers und die Zahlung der Prämie von Seiten des Versicherungsnehmers seien Correlate, deren jedes das andere voraussetze, so daß, wo keine Prämie gezahlt worden, die Gefahr nicht auf den Versicherer übergehe, und umgekehrt; daß dagegen in neuerer Zeit eine andere Auffassung des Versicherungsvertrags im Verkehr zur Herrschaft gelangt ist, derzufolge derselbe einen unbedingten Consensualvertrag bildet, welcher nicht erst durch Leistung des einen oder andern Theils, sondern schon durch die Willensübereinstimmung zu Stande kommt und bei welchem es in der Willkür der Vertragschließenden steht, wie sie die Prämienzahlung und deren Verhältniß zu dem Anspruch auf die Versicherungssumme ordnen wollen (vgl. Malß in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 6 S. 368, Bd. 13 S. 81; Kübel in der Zeitschr. f. Versicherungsr. Bd. 2 S. 31; Entsch. des ROHG. Bd. 5 S. 118)[1]).

Sieht man dagegen auf die besondere Natur des Lebensversicherungsvertrags, durch welche er sich von den sonstigen Versicherungsverträgen in wesentlichen Beziehungen unterscheidet (vgl. Hinrichs in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 20 S. 387; Dernburg pr. Privatrecht Bd. 2 § 239), oder gar, wie Andere annehmen, aus dem Gebiet des Assecuranzrechts ganz ausscheidet (vgl. Thöl Handelsr. Bd. 1 Abth. 2 § 310), so scheint zwar der Zweck desselben, durch periodische Einzahlung kleinerer Beträge das Recht auf Auszahlung einer bestimmten größern Summe beim Todesfall zu erwerben, und die hieraus ersichtliche Aehnlichkeit mit der Einzahlung von Darlehen bei Sparkassen den Schluß zu rechtfertigen, daß das Recht auf Auszahlung der Versicherungssumme durch vorgängige Einzahlung der Prämien bedingt sei, so daß der Versicherungsnehmer durch den Abschluß des Versicherungsvertrags auch ohne ausdrückliche Festsetzung schon nach der Natur des Geschäfts nur ein durch Zahlung der Prämie suspensiv bedingtes Recht auf die Versicherungssumme erlange (vgl. Hinrichs a. a. O. S. 407, Dernburg a. a. O. S. 639). Allein dieser Schluß, welchen Andere nicht ziehen (vgl. Thöl a. a. O § 310 a. E.), ist — abgesehen von

[1]) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 27 Nr. 61 sub II.

dem hier nicht in Frage stehenden Anspruch auf Rückerstattung eingezahlter Beiträge bei Aufgebung der Police — in der That nicht gerechtfertigt. Denn während bei einem Darlehnsvertrage die zum Wesen desselben gehörige Pflicht, das Empfangene in gleicher Art und Menge zurückzugeben, den vorgängigen Empfang mit Nothwendigkeit voraussetzt, trifft dies bei dem Lebensversicherungsvertrage nicht zu, weil die Versicherungssumme, wenn auch mit Rücksicht auf den Betrag der muthmaßlich zu empfangenden Prämien berechnet und festgesetzt, doch von der Höhe der wirklich empfangenen Prämien unabhängig ist und keineswegs immer in einer Rückzahlung besteht.

Wenn ferner das Berufungsgericht sich darauf beruft, daß Versicherungsverträge regelmäßig mit Gesellschaften geschlossen werden, welche das größte Interesse daran haben, daß die Prämien rechtzeitig gezahlt werden und bei Nichtzahlung derselben keine Ungewißheit darüber bestehe, ob die Versicherung fortdauere oder nicht, so ist dies zwar vollkommen richtig und erklärt die Erscheinung, daß die Versicherungsgesellschaften in ihre Versicherungsbedingungen regelmäßig eine Bestimmung aufnehmen, welche für den Fall der Nichtzahlung der Prämie den Verlust des Anspruchs auf die Versicherungssumme androht. Dagegen sind diese Gründe nicht geeignet, die Annahme zu rechtfertigen, daß diese Folge der Nichtzahlung der Prämie auch ohne eine deshalbige Festsetzung in den Versicherungsbedingungen als nach der Natur des Rechtsgeschäfts beiderseits gewollt sich von selbst verstehe.

Auch wenn dem Berufungsgericht darin beizustimmen wäre, daß bei einem Lebensversicherungsvertrage das Recht des Versicherungsnehmers, von dem Vertrage jederzeit zurückzutreten, auch ohne Einräumung desselben in den Versicherungsbedingungen schon nach der Natur des Geschäfts sich von selbst verstehe, und daß schon in der Nichtzahlung der Prämie eine Rücktrittserklärung enthalten sei, so würde dies doch nicht den hieraus gezogenen Schluß rechtfertigen, daß erst durch Zahlung der Prämie die Versicherung für den Zeitraum, für welchen die Prämie gezahlt worden, in Wirksamkeit trete, mithin erst hierdurch der Vertrag für diesen Zeitraum zur Perfection gelange. Denn aus der Befugniß des Versicherungsnehmers, die Beendigung des Rechtsverhältnisses nach Belieben herbeizuführen, folgt nicht, daß dasselbe überhaupt nicht in Wirksamkeit getreten sei.

Die Angriffe des Revisionsklägers gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Natur des Lebensversicherungsvertrags, durch welche auch die dem vorliegenden Vertrage von demselben gegebene Auslegung beeinflußt wird, sind demnach als begründet anzuerkennen. Dessenungeachtet ist die Revision nach § 526 der CPO. zurückzuweisen, weil die angefochtene Entscheidung aus anderen Gründen, nämlich nach dem Inhalt der in Rede stehenden Police sich als richtig darstellt. . . .

Die Police enthält die Bestimmung, daß, wenn die erste Prämienrate nicht bezahlt wird, die Versicherung nicht in Kraft tritt, und daß, wenn eine spätere Prämie innerhalb der durch Art. 2 der allgemeinen Versicherungsbedingungen bestimmten Frist nicht gezahlt wird, die Versicherung erlischt. Die Voraussetzung ist in beiden Fällen dieselbe, die Nichtzahlung der Prämie; verschieden ist nur die damit verknüpfte Wirkung, indem bei Nichtzahlung der ersten Prämie die Versicherung nicht in Kraft tritt, bei Nichtzahlung späterer Prämien die in Kraft getretene Versicherung erlischt, oder mit anderen Worten die Zahlung der ersten Prämie als aufschiebende, die Nichtzahlung der spätern Prämie als auflösende Bedingung aufgestellt ist. Da nun im ersten Falle unzweifelhaft die bloße Thatsache der Nichtzahlung der ersten Prämienrate die Wirkung hat, daß die Versicherung nicht in Kraft tritt, gleichviel aus welchem Grunde die Zahlung unterblieben ist, so muß angenommen werden, daß auch im zweiten Fall das Erlöschen der Versicherung an die bloße Thatsache der Nichtzahlung einer Prämie innerhalb der dafür bestimmten Frist geknüpft ist, ohne Unterschied, ob die Nichtzahlung derselben einem Verschulden des Versicherungsnehmers beizumessen oder nicht."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 5. Jan. 1881 in einer mecklenburg. Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 104; vgl. Fenner u. Mecke Archiv Bd. 2 S. 213 ff.

---

294. Rechtliche Natur der Zinscoupons auf Inhaber; sie unterliegen dem Verbot des Anatocismus.

Vgl. Bd. 20 Nr. 59; Bd. 28 Nr. 162; auch Bd. 32 Nr. 179.

Mit seinem Anspruch auf Zinsen von den eingeklagten Zinscoupons, vom Fälligkeitstage an gerechnet, wurde der Kläger abgewiesen. Höchstrichterlich ward ausgesprochen:

„Das Verbot des Anatocismus, insbesondere in seiner Anwendung auf vertragsmäßig in bestimmten Zeitabschnitten zahlbare Zinsrückstände, mag ungerechtfertigte Unzuträglichkeiten zur Folge haben. Der Hinweis auf solche kann nicht ausreichen, gerade die Zinsscheine auf Inhaber von dem Verbot auszunehmen, wenn dieselben nicht ihrer Natur nach rechtlich etwas von sonstigen Zinsobligationen Verschiedenes sind. Diese Verschiedenheit läßt sich nicht von der Erwägung aus begründen, daß, weil die Hauptobligation trotz ihrer Bezeichnung als Darlehnsobligation wegen ihrer Ausgabe als Inhaberpapier, welche auf Grund der mannigfaltigsten Rechtsgeschäfte erfolgt sein kann, in Wirklichkeit keine Schuldverschreibung über ein gegebenes Darlehn sei, der Zinsschein auch keine wirkliche Zinsobligation wäre. Es soll hier dahingestellt bleiben, ob es dem Wesen des Inhaberpapiers irgendwie widerspricht, der Angabe eines materiellen Rechtsgrundes

in Summenverſprechen die Bedeutung zuzuerkennen, daß nun die eigenthümlichen Wirkungen dieſes in ſeinen Vorausſetzungen jedem Inhaber gegenüber als erfüllt geltenden Rechtsgrundes maßgebend werden. Auch wenn man vermeint, das rechtliche Weſen des Inhaberpapiers lediglich in die Conſtituirung eines abſtracten Forderungsrechts ſetzen zu müſſen, ſo liegt, wenn für das conſtituirte nomen zugleich Früchte bzw. Zinſen verſprochen ſind, die Conſtituirung eines verzinslichen nomen vor. Die den Zinsobligationen eigenthümlichen Rechtsgrundſätze haben ihren Grund nicht in einem ſpecifiſchen rechtsgeſchäftlichen Inhalt der Hauptobligation, ſondern in der Eigenſchaft des Zinſes als Zubehör und Product der betr. Hauptobligation, bzw. des betr. Kapitals. Auf dem Hervorgehen aus der zeugenden Kraft des Kapitals beruht es, daß der Zins nicht mehr entſtehen kann, wenn die Kapitalsobligation untergegangen iſt. Darauf, daß der Zins ſchon ſelbſt Product des Kapitals iſt, beruht die geringere eigene Productionsfähigkeit der Zinsobligation. . . . Es kommt alſo lediglich darauf an, ob die Unvollkommenheit und Gebundenheit an eine Kapitalsobligation, welche im Weſen der Zinsobligation begründet iſt, durch Stellung der Zinsſcheine auf Inhaber beſeitigt wird. Im rechtlichen Weſen eines Inhaberpapiers liegt kein Zwang für ſolche Beſeitigung, am allerwenigſten in Betreff ſolcher Wirkungen, welche aus der Zinsqualität ohne Weiteres, ohne Rückſicht auf das Schickſal der betreffenden individuellen Hauptobligation, folgen.

Dem Zinsſchein kann die Aufgabe geſtellt ſein, lediglich die Legitimation zur Erhebung des auf die Hauptobligation baſirten Zinsanſpruchs zu begründen, ſo daß die Ausſtellung von Zinsſcheinen auf Inhaber nur die Bedeutung hat, daß behufs Legitimation zur Erhebung des Zinſenanſpruchs der Inhaber des Zinsſcheins als Inhaber der den Zinſenanſpruch mit verkörpernden Hauptobligation gilt. In ſolchem Fall kann von einer materiellen Verſelbſtändigung der Zinsobligation gewiß nicht die Rede ſein. Mannigfache Umſtände ſprechen dafür, daß in Betreff der vorliegenden Zinscoupons nicht mehr gewollt iſt. . . .

Aber auch wenn man bei Ausſtellung von Zinsſcheinen auf den Inhaber präſumtiv die gewollte Verkörperung der Zinsobligationen in jenen Scheinen annähme, . . . ſo folgt daraus noch nicht, daß dieſe Verkörperung unter völliger Beſeitigung jener Zubehörseigenſchaft und ihrer Wirkungen, und Erhebung des Coupons zu einer völlig ſelbſtändigen Obligation gewollt iſt oder gewollt ſein muß. Dem Bedürfniß nach einer ſelbſtändigen Circulationsfähigkeit des Zinscoupons wäre ſchon dann vollkommen Genüge gethan, wenn der Inhaber der Hauptobligation als ſolcher als nicht verfügungsberechtigt über das betr. Zinsrecht angeſehen wird und bei Geltendmachung des Zinsanſpruchs aus den Coupons die betr. Hauptobligation ohne Rückſicht auf ihre wirklichen individuellen Schickſale als rechtlich fortexiſtirend gilt.

Ob die Verselbständigungswirkung wirklich auch nur diesen Umfang, namentlich was den zweiterwähnten Punct anbelangt, erreicht, soll hier durchaus nicht entschieden werden. Aber jedenfalls liegt kein Grund vor, aus der Stellung auf den Inhaber, bei der dem Papier aufgeprägten, für Jeden erkennbaren Qualität des Zinses einer bestimmten Hauptobligation, diesen Zinscharakter auch in Betreff derjenigen rechtlichen Wirkungen, die jedem Zinse einer als existirend geltenden Kapitalsobligation anhaften, als nicht vorhanden zu erachten. Gegen diese Annahme sprechen die richtigen Interpretationsgrundsätze wie die Auffassung des Verkehrs. Ergiebt sich aus den Emissionsprogrammen, dem Text der Obligationen und der Zinscoupons, daß neben der Stellung auf den Inhaber doch die Qualität als Zins klar gekennzeichnet ist — (drückt insbesondere der Text des Coupons dessen Zubehörseigenschaft und Eingliederung in eine Gesammtheit für die betr. Obligation auf einmal ausgegebener Nebenpapiere aus, etwa durch in den Vordergrund tretende Bezeichnung der Obligationsnummer, während der Coupon nur die der Zahl der auf einmal für die betr. Obligation ausgegebenen Coupons entsprechende Ziffer trägt, durch Bezeichnung als Zins, durch seinen summarischen, erst unter Heranziehung des Obligationeninhalts vollverständlichen Inhalt) —, so erscheint es unstatthaft, wegen des Worts „der Inhaber" den ganzen übrigen Textinhalt als garnicht vorhanden zu betrachten, insbesondere, wenn der erstgedachten Bezeichnung noch neben der Aufrechterhaltung der Bedeutung des übrigen Textes eine Wirkung, wenn auch keine den andern Text aufzehrende, beigemessen werden kann. Eine solche Interpretation muß in ihrer Consequenz den Zinscoupon noch zu einer vollkommeneren Obligation machen, als es die Hauptobligation selbst ist. Denn während bei letzterer sich in der Regel eine umfassende Angabe der Bedingungen der Anleihe-Emission findet, welche den Inhalt des Versprechens qualificirt, muß solche Interpretation folgerichtig den summarischen Coupontext, statt im Sinn einer Anlehnung und eines Hinweises auf den erläuternden Obligationentext, im Sinn eines gänzlich in sich abgeschlossenen Versprechens, das, je weniger es selbst sagt, um so bedingungsloser und uneingeschränkter wirkt, lesen.

Eine solche Auffassung entspricht auch nicht der bisherigen Ansicht des Verkehrs. Das Gefühl von der Unzuträglichkeit des Verbots des Anatocismus bei in bestimmten Zeitabschnitten zahlbaren Zinsrückständen wird im Verkehr in den verschiedensten Erscheinungsformen zu Tage treten und es wird leicht die Täuschung erzeugt werden, daß der Widerstand lediglich der Anwendbarkeit des Verbots auf die bestimmte, gerade interessirende Zinsart gelte. Weshalb das Verbot den Kapitalisten, der sein Geld in Papieren anlegt, härter treffe, als denjenigen, der es in Hypotheken anlegt, ist nicht ersichtlich. Stellt man aber die Frage richtig dahin, ob der Verkehr den von der Hauptobligation gelösten Zinscoupon bei seiner

selbständigen Circulation nicht mehr als Träger einer Zinsverpflichtung erachte, so wird sich diese Frage schwerlich bejahen lassen. Mag selbst eine unsichere Geneigtheit erkennbar sein, den Zinscoupon, der erst nach eingetretener Fälligkeit seinen selbständigen Lauf in Trennung von der zur Zeit noch in Existenz befindlichen Stammobligation anhebt, als bereits percipirte Frucht ähnlich baarem Gelde zu behandeln, so ist doch den Coupon im Verkehr nicht anzusehen, ob er diesen Lauf zu gedachter Zeit oder schon früher begonnen habe. Daß auch der erst nach Fälligkeit in Verkehr gelangten Couponforderung eine kürzere Wirkungskraft innewohnt, als einer selbst fälligen Kapitalsobligation, ist eine im Verkehr auch ohne specielle Kenntniß der besonderen Emissionsbedingungen verbreitete Ueberzeugung, deren Grund nur in der Bekanntschaft mit der Thatsache beruhen kann, daß nach den meisten Gesetzgebungen für Forderungen von Zinsen und sonstigen in regelmäßigen Zeitabschnitten wiederkehrenden Leistungen — und bei Erhebung des einzelnen Coupons zu selbständiger Obligation müßte auch diese letztgedachte Qualität, die in dem Hervorgehen aller einzelnen Coupons aus der Stammobligation ihren Grund hat, ignorirt werden — kürzere Verjährungsfristen gelten. Auf die Frage über die Einwirkung der Auslosung bzw. Heimzahlung der Stammobligation auf erst später fällig werdende Coupons, die einen selbständigen Lauf nehmen, vermag der Verkehr keine sichere Antwort zu geben.

Wenn wiederholt Emittenten sich in den dem Obligationentext eingefügten Emissionsbedingungen das Recht vorbehalten, bzw. die Pflicht auferlegen, bei Nichtmiteinreichung der erst später fällig werdenden Zinscoupons ausgelooster Obligationen den auszuzahlenden Kapitalsbetrag um den Betrag jener Coupons zu kürzen und diesen Betrag zur Zahlung solcher Coupons zu verwenden, so erschiene es verfehlt, aus dem Ergebniß, daß hiernach noch Zinscouponsforderungen bezahlt werden, obwohl bei ihrer Entstehung, dieselben als Zinsen gedacht, die Kapitalsobligation nicht mehr existirte, zu schließen, daß überhaupt bei Stellung der Zinscoupons auf Inhaber die betr. Forderungen keine Zinsforderungen mehr wären. Es ist schon oben ausgeführt, daß, wenn vermöge einer aus der Stellung des Zinsscheins auf den Inhaber zu folgernden Fiction des Forterexistirens der Hauptobligation, auch wenn sie in Wahrheit nicht mehr existirt, diejenigen Wirkungen der Zinsnatur, welche sich aus dem individuellen Schicksal der Hauptobligation ergeben, nicht zur Geltung zu kommen hätten, daraus noch nicht die völlige Tilgung des Zinscharakters folgen würde. Jenes Verhalten von Emittenten beweist aber auch nicht sowohl, daß ein Anspruch des Couponinhabers auf Zahlung des Couponbetrages ohne Rücksicht auf ein Existirthaben der Hauptobligation in verzinsungsfähigem Zustande zur kritischen Zeit an sich begründet ist, als vielmehr, daß Emittenten einen solchen im Interesse des Verkehrs für den bona fide Erwerber des Coupons

zu Lasten des Inhabers der Hauptobligation durch jene besondere Festsetzung begründen wollen. Auch wenn man bei solcher Festsetzung in der Uebergabe des nicht fälligen Coupons zugleich die Uebertragung des eventuellen Einziehungsrechts in Betreff des vom Emittenten zurückzubehaltenden Kapitalsbetrages in gedachtem Collisionsfalle erblicken will, so wird damit das Papier noch nicht des Zinscharakters entkleidet. Um aus solcher Festsetzung die entsprechenden Rechte herzuleiten, muß übrigens aber der Zinscoupon gerade als an die Hauptobligation und deren Inhalt sich anlehnend und aus ihr den Umfang seiner Rechte schöpfend gedacht werden. . . ."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 29. Jan. 1881 in einer preuß. (landrechtl.) Sache. — Annalen des RG. Bd. 3 S. 303 ff.

II. Civilproceß.

295. Werth des Streitgegenstandes bei der Negatorienklage wegen Störung des Eigenthums.

Der Antrag der von den Klägern beim LG. erhobenen Klage ging dahin: den Beklagten zu verurtheilen, das Eigenthum der Kläger an den in der Klage bezeichneten Grundstücken anzuerkennen, die von ihm daselbst gemachte Röhrenleitung zu beseitigen, den durch die Anlage und den dadurch bewirkten Wasserabfluß entstandenen Schaden zu ersetzen, und sich künftig jeden Eingriffs in das Eigenthum der Kläger zu enthalten. Für den Fall, daß Beklagter wider Erwarten ihr Eigenthum an den Grundstücken bestreiten sollte, boten Kläger Beweis desselben an. Den Werth des Streitgegenstandes bezifferten sie, dem Werthe ihrer Grundstücke entsprechend, auf 2000 ℳ. — Beklagter erklärte, das Eigenthum der Kläger nie bestritten zu haben, gab den Werth des Streitgegenstandes auf 10 ℳ, jedenfalls unter 300 ℳ an, und bestritt aus diesem Grunde die Zuständigkeit des LG. — Diese Einrede fand in allen Instanzen Gehör; höchstrichterlich wurde ausgesprochen:

„Mit Recht ist das OLG. davon ausgegangen, daß für die Frage nach der Zuständigkeit des von den Klägern angegangenen LG. auf die vom Beklagten in 1. Instanz auf die Klage abgegebenen Erklärungen, gleichviel ob dieselben als unbestritten oder als bestritten gelten müssen, Gewicht nicht zu legen, daß vielmehr lediglich der Inhalt der dem Beklagten zugestellten Klaganträge maßgebend sei, weil nach § 4 der CPO. für die Berechnung des Werths des Streitgegenstandes, soweit nach dem Gesetz über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte hiervon abhängt, der Zeitpunct der Erhebung der Klage, welche durch Zustellung

eines Schriftsatzes erfolgt (§ 230), entscheidend ist, und weil nach § 235 Ziff. 2 der CPO. die Zuständigkeit des Proceßgerichts durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände, abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmen (§ 467 der CPO.), nicht berührt wird, somit namentlich darauf kein Gewicht gelegt werden kann, ob der Beklagte den erhobenen Anspruch theilweise eingeräumt hat und dadurch der Werth des Streitgegenstandes unter die für die Zuständigkeit des LG. maßgebende Summe herabgemindert wird.

Dem Berufungsgericht ist aber auch darin beizutreten, daß nach dem Inhalt der Klaganträge die Kläger keineswegs ihr Eigenthum an den in denselben bezeichneten Grundstücken zum Gegenstand des Streits gemacht, sondern als die Rechtsverletzung, wegen welcher sie Klage erhoben, lediglich den Eingriff in ihr Eigenthum bezeichnet haben, welcher vom Beklagten dadurch vorgenommen sein soll, daß er unbefugterweise durch die Grundstücke eines Theiles der Mitkläger einen Graben gezogen und Drainsröhren gelegt und vermittels der letzteren das Wasser von seinen Grundstücken auf die Grundstücke anderer Mitkläger abgeleitet hat. Die Behauptung der Revisionskläger, es sei das Eigenthum an den in den Klaganträgen bezeichneten Grundstücken in iudicium deducirt, findet in denselben keinen Anhalt. Die Frage selbst stellt sich nach dem Rubrum, wie nach dem Inhalt der Klagschrift und nach dem Klagantrage zweifellos nicht als Vindication, sondern als Negatorienklage dar, gerichtet auf Abwehr der durch den Beklagten vorgenommenen rechtswidrigen Eingriffe in das klägerische Eigenthum, auf Wiederherstellung des früheren Zustandes der Grundstücke, auf Ersatz des durch die Röhrenleitung und das Abfließen des Wassers verursachten Schadens, salva liq., sowie auf Verbot fernerer Störungen des klägerischen Eigenthums. Das Eigenthum der Kläger an den in der Klage aufgeführten Grundstücken bildet zwar den Rechtsgrund und eine wesentliche Voraussetzung der erhobenen Klage, nicht aber den Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreits. Denn es ist nicht allein von den Klägern nicht behauptet, daß Beklagter ihr Eigenthum an den in Rede stehenden Grundstücken bestritten habe oder selbst Eigenthümer zu sein behaupte und kraft dieses Rechts zur Vornahme der in der Klage erwähnten, das Eigenthum der Kläger störenden Handlungen sich befugt erachtet habe, sondern es ist ausdrücklich in der Klagschrift hervorgehoben, der Beklagte werde das ihm bekannte Eigenthum der Kläger an den fraglichen Grundstücken nicht bestreiten und nur für den Fall, daß er dasselbe wider Erwarten bestreiten sollte, Beweis angeboten. Bei dieser Sachlage ist es zu billigen, wenn der Berufungsrichter weiter hervorhebt, daß seiner Auffassung nicht entgegenstehe, daß die Kläger in das Petitum der Klage zunächst den Antrag aufgenommen haben, den Beklagten schuldig zu erkennen, ihr Eigenthum an den in der Klage bezeichneten Grundstücken an-

zuerkennen. Denn derselbe führt zutreffend aus, daß ein solcher Klagantrag da, wo der Negatorienkläger, wie im vorliegenden Fall, nach dem historischen Inhalt der Klage nicht die Zuständigkeit seines Eigenthums, sondern nur die Freiheit desselben gegenüber einem bestimmten vorgekommenen Eingriff zum Gegenstand des Streits machen wolle, als ein selbständiger Klageanspruch nicht zu betrachten sei, und daß bei Beurtheilung der Frage, was den Gegenstand des Streits bilde, nicht lediglich der Wortlaut des klägerischen Schlußantrages für sich allein entscheidend sei, sondern daß es vorzugsweise auch darauf ankomme, worüber nach dem Klagvortrage selbst gestritten werden solle. Die Handlungen, welche nach den Klaganträgen der Beklagte vorgenommen und durch welche er unbefugt in das Eigenthum der Kläger eingegriffen haben soll, ohne jedoch den Besitz desselben den Klägern zu entziehen, stellen sich äußerlich zwar als solche dar, zu deren Vornahme Beklagter sich als Eigenthümer oder kraft eines servitutischen oder eines sonstigen Rechts befugt erachten konnte. Allein daraus folgt nicht, wie die Revisionskläger geltend machen, daß in Fällen der vorliegenden Art der Kläger, weil er nicht wissen könne, worauf Beklagter sich berufen werde, stets das Eigenthum selbst zum Gegenstand des Streits machen und daher den Werth der Grundstücke selbst, in deren Eigenthum eingegriffen sei, als Werth des Streitgegenstandes angesehen werden müsse.

Hieraus ergiebt sich, daß in Fällen der vorliegenden Art für die Ermittelung des Werths des Streitgegenstands nicht nach § 6 der CPO. der Werth der Sache selbst maßgebend sein kann, sondern daß von dem Richter . . . in Gemäßheit des § 3 der CPO. nach freiem Ermessen, unter Beachtung der in dem § 4 ff. enthaltenen Vorschriften, festzusetzen ist, wie hoch das Interesse des Klägers auf Beseitigung des Eingriffs des Beklagten in sein Eigenthum anzuschlagen sei. Dabei können allerdings die Vorschriften in § 7 der CPO. nicht direct zur Anwendung kommen. Denn wenngleich dieselben nicht bloß für den Fall anwendbar sind, wenn mit der confessorischen Klage eine Grunddienstbarkeit geltend gemacht wird, sondern auch auf Fälle der negatorischen Klage, so setzt ihre Anwendung im letzteren Fall doch voraus, daß in den Klaganträgen hervortritt, daß die Freiheit des Eigenthums von einer vom Beklagten beanspruchten Grunddienstbarkeit den Streitgegenstand bildet. . . . Wird dagegen negatorisch wegen Störungen des Eigenthums geklagt, welche nach dem Vortrage des Klägers in den Klaganträgen als Ausübung einer Servitut sich nicht darstellen, so ist der Werth des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen zu bestimmen und es ist daher auch nicht zutreffend, wenn Revisionskläger behaupten, daß auch in diesen Fällen in Gemäßheit der Vorschriften in § 7 a. a. O. der Betrag zu ermitteln sei, um welchen der Werth der klägerischen Grundstücke sich vermindern würde, wenn die von dem Beklagten in denselben gemachten Anlagen dauernd fortbestänben.

Ist hiernach der Berufungsrichter von richtigen Grundsätzen ausgegangen, so entzieht sich die auf thatsächlicher Feststellung beruhende Bestimmung des Werths des Streitobjects der Nachprüfung."

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 18. Jan. 1881 in einer preuß. (hannov.) Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 390 ff.

---

296. Der Gerichtsstand des § 23 der CPO. findet auch Anwendung auf Klagen von Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit wider ihre jetzigen und früheren Mitglieder wegen Prämienzahlung.

Während Beklagter Mitglied der auf Gegenseitigkeit gegründeten klagenden Lebensversicherungsgesellschaft war erhielt er von derselben ein Darlehn gegen Verpfändung seiner Police und gegen Uebernahme der Verpflichtung, die Versicherung durch pünctliche Prämienzahlung aufrecht zu erhalten, solange er das Darlehen nicht zurückbezahlt haben werde. Die Rückzahlung des Darlehns erfolgte am 31. December 1879. Später erlosch die Versicherung durch Nichtzahlung der Prämie. Auch schon für die Zeit vom 1. April 1878 bis 31. December 1879 war Beklagter mit der Prämienzahlung rückständig geblieben und diese Prämie wurde von der Klägerin beim LG. Berlin, wo sie nach § 23 der CPO. ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, nicht im Domicil des Beklagten, eingeklagt. Die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts ist in allen Instanzen verworfen worden, höchstrichterlich aus folgenden Gründen:

„Der § 23 der CPO. bestimmt, daß das Gericht, bei welchem Gesellschaften den allgemeinen Gerichtsstand haben, für die Klagen zuständig sei, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche erhoben werden. Es ist unbestritten, daß der Beklagte dadurch, daß er sein Leben bei der klagenden Gesellschaft versicherte, Mitglied derselben wurde und so lange blieb, als die Versicherung dauerte. Die Klägerin durfte daher die ihr gegen den Beklagten als Mitglied der Gesellschaft zustehenden Ansprüche im allgemeinen Gerichtsstand der Gesellschaft geltend machen. Zu diesen Ansprüchen ist auch derjenige auf Zahlung der Prämie, soweit ein Klagerecht darauf besteht, zu rechnen. Es ist zwar die Ansicht geltend gemacht worden, daß der auf den einzelnen Versicherungsvertrag gegründete Anspruch auf Zahlung der Prämie nicht zu den der Gegenseitigkeitsgesellschaft gegen eines ihrer Mitglieder als solches zustehenden Ansprüchen gehöre, sondern ein der Gesellschaft gegen ihren Gegencontrahenten zustehender, von dem einer Lebensversicherungsactiengesellschaft gegen einen bei ihr Versicherten zustehenden Anspruch nicht verschiedener Anspruch sei. Von dem Beklagten wird namentlich geltend gemacht, daß nicht die aus dem Versicherungsvertrage, durch welchen erst die Mitgliedschaft begründet werde, folgenden Verpflichtungen, sondern nur die nach dieser Begründung der

Mitgliedschaft aus dem Gesellschaftsvertrage (dem Statut) folgenden Pflichten, z. B. die zu Nachschußzahlungen, unter § 23 der CPO. fallen. Diese Unterscheidung ist aber von dem Berufungsgericht mit Recht verworfen; sie führt zu einer sachwidrigen Zerreißung eines einheitlichen Rechtsverhältnisses. Der bei einer Gegenseitigkeitsgesellschaft Versicherte ist nicht bezüglich seiner Versicherung ein der Gesellschaft gegenüberstehender Dritter; er schließt nicht mit der Gesellschaft zwei Verträge, einen Versicherungsvertrag und einen zweiten Vertrag über seinen Beitritt zur Gesellschaft ab, sondern nur einen Vertrag, welcher den Versicherungsvertrag und den Beitritt zur Gesellschaft nach dem Statut in sich vereinigt. Die Prämienzahlung beruht nicht auf einer der Mitgliedschaft fremden Verpflichtung; die Prämie ist zugleich die bei dem durch die Versicherung erfolgenden Eintritt in die Gesellschaft vorläufig, unter Vorbehalt der Nachzahlung oder theilweisen Rückzahlung je nach dem Jahresschluß, berechnete Einlage des Socius in die Gesellschaft, nach deren Betrage seine Rechte und Pflichten als Theilhaber an der Gesellschaft bemessen werden; die Klage auf Zahlung der Prämie ist also eine auf Grund des Gesellschaftsvertrages von der Gesellschaft gegen das Mitglied als solches gerichtete Klage.

Zwar wird die Klage nicht auf den Versicherungsvertrag allein gegründet; vielmehr bildet das am 18. Februar 1878 getroffene Uebereinkommen über die Hingabe eines Darlehns unter der Verpflichtung, bis zur Rückzahlung des Darlehns die Versicherung durch pünctliche Zahlung der Prämie aufrecht zu erhalten, einen wesentlichen Theil des Klagegrundes. Dies ist aber auf die Anwendbarkeit des § 23 a. a. O. ohne Einfluß. Der Beklagte hat nicht als ein der Gesellschaft Fremder das Darlehn erhalten, sondern als Mitglied der Gesellschaft in Gemäßheit der Statuten und des Geschäftsplans; die bei Hingabe des Darlehns dem Beklagten zur Pflicht gemachte Zahlung der Prämie bis zur Zurückzahlung des Darlehns enthält also nur eine dem Socius als solchem obliegende Pflicht, welche sich an die durch die Police übernommenen Verpflichtungen anschließt.

Endlich ist auch auf die Entscheidung ohne Einfluß, daß Beklagter seit der am 31. December 1879 erfolgten Rückzahlung des Darlehns nach § 7 des Geschäftsplans durch Nichtzahlung der Prämien und folgeweise Erlöschen der Versicherung aufgehört hat, Mitglied der Gesellschaft zu sein, die Klage aber erst Ende Mai 1880, also zu einer Zeit, wo Beklagter nicht mehr Mitglied war, erhoben worden ist. Denn der § 23 setzt nicht voraus, daß der Beklagte zur Zeit der Erhebung der Klage noch Mitglied ist, sondern nur, daß die Mitgliedschaft der Grund des Klageanspruchs der Gesellschaft gegen den Beklagten ist."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 29. Jan. 1881 in einer preuß. Sache.

Entsch. des RG. Bd. 3 S. 386.

297. Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts gilt auch für den mit der Klage auf Aufhebung eines zweiseitigen Vertrages verbundenen Anspruch auf Rückgabe der klägerischen Vertragsleistung. Bedeutung der in § 29 der CPO. erwähnten „streitigen Verpflichtung". *

*Vgl. Bd. 36 Nr. 234 a. E.

In Folge einer öffentlichen Zeichnungsaufforderung zeichnete der Kläger an der leipziger Zeichnungsstelle für das Unternehmen des Baus der Meltheuer-Weidaer Eisenbahn 6 Prioritätsobligationen unter Berichtigung des Preises von 1584 ℳ. Er behauptet, dazu durch unwahre Angabe in der Zeichnungsaufforderung, also durch Täuschung, bewogen worden zu sein, und hat nun gegen mehrere an andern Orten wohnende Personen, denen er die Veranlassung der Zeichnungsaufforderung Schuld giebt, in Leipzig Klage auf Aufhebung des Vertrages und Ersatz jener 1584 ℳ. erhoben, unter dem Erbieten zur Rückgewähr der fraglichen Prioritätsobligationen und zur Abtretung seiner entsprechenden Forderungen an die Concursmasse der gedachten Eisenbahngesellschaft. Die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten wurde in allen Instanzen verworfen; höchstrichterlich aus folgenden Gründen:

„Die Zuständigkeit des LG. Leipzig ergiebt sich aus den Vorschriften des § 29 der CPO. Darnach kann der, welcher die Aufhebung eines Vertrags verlangen zu dürfen glaubt, seine Ansprüche vor dem Gericht des Orts verfolgen, „wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist". Die jetzt in Rede stehende Klage hat die Eigenschaft einer Vertragsaufhebungsklage. Der Kläger fordert die Aufhebung des von ihm an der leipziger Zeichnungsstelle abgeschlossenen Vertrags und zufolge der Aufhebung die Rückzahlung der Gelder, welche er zu dessen Erfüllung hingegeben. . . . Daß im Gerichtsstand des § 29 der CPO. nicht allein die Aufhebungsklage angebracht, sondern daß mit ihr zugleich die Rückforderung der von dem Kläger bewirkten Vertragsleistung verbunden werden darf, erhellt aus den Motiven des Gesetzes, welche als Grund für die Erstreckung des fraglichen Gerichtsstandes auf die Aufhebungsklage (S. 413 der Kortkampfschen Ausgabe) ausdrücklich hervorheben, nach der Praxis könne gemäß Art. 1184 des code civil auf Entschädigung nicht ohne gleichzeitige Klage auf Aufhebung geklagt werden. Werden hiernach beide Klagen als untrennbar behandelt, so waltet kein Zweifel ob, daß das Gesetz unter der Aufhebungsklage die dazu gehörige Rückforderungsklage mitbegreift. Derselbe unterwirft übrigens dem Gerichtsstand des Erfüllungsorts Aufhebungsklagen aller Art, ohne zu unterscheiden, aus welchem Grunde die Aufhebung verlangt wird. Somit durfte der Kläger im Gerichtsstand des Erfüllungsorts wegen Aufhebung des erwähnten Vertrags ebensowohl dann klagbar werden, wenn er zur Eingehung desselben durch Täuschung vermocht worden

war und deshalb den Vertrag anfechten wollte, als in dem Fall, wenn er die Aufhebung nach den Rechtssätzen über Fehlergewähr zu fordern beabsichtigte. Der die Zuständigkeit des Gerichts bestimmende Erfüllungsort ist der Erfüllungsort derjenigen Vertragspflicht, welche den Streitgegenstand ausmacht. Als solche aber hat hier nicht etwa die im Streit befangene Rückerstattungspflicht der Beklagten, sondern die vom Kläger erfüllte Vertragspflicht zu gelten. In dieser Weise muß das Gesetz seiner Entstehungsgeschichte nach ausgelegt werden. Der Entwurf des § 29 hatte den Schlußsatz dahin gefaßt: „wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist". Bei den Berathungen der Commission des Reichstags wurde zunächst Streichung der Worte „von dem Beklagten" beantragt, „weil es auch vorkomme, daß derjenige, der einen Vertrag zu erfüllen habe, um dessen Erfüllung es sich handle, Kläger sei, namentlich wenn auf Aufhebung oder Nichtbestehen des Vertrags geklagt werde." Der Antrag fand Genehmigung (S. 10 ff. der Protocolle). In 2. Lesung, nachdem inmittelst auch noch die Worte „der Vertrag" mit den Worten „die streitige Verpflichtung" vertauscht worden waren, gelangte § 29 „ohne Debatte" zur Annahme (S. 508 der Protocolle). Die Gründe der letzteren Abänderung sind nicht zu ersehen. Offenbar hat also hiermit die ursprüngliche Bestimmung nicht wesentlich umgestaltet, sondern es hat nur in weiterer Ausführung des ersten Abänderungsbeschlusses (gerade im Hinblick auf die dabei angedeutete Möglichkeit verschiedenartiger Erfüllungsorte für die aus zweiseitigen Verträgen entspringenden Forderungen) etwas deutlicher noch ausgedrückt werden sollen, daß der Erfüllungsort derjenigen Verpflichtung über die Zuständigkeit entscheide, um welche sich die Parteien gegebenen Falles streiten; und das ist bei der Aufhebungsklage, wie die Motive jenes ersten Beschlusses klar erkennen lassen, diejenige, von welcher der Kläger frei werden, deren Erfüllung er, wenn sie bereits erfolgt war, zurückrufen will. Den Gegenstand der vorliegenden Klage bildet somit die Obliegenheit zur Entrichtung des Subscriptionspreises. Diese Obliegenheit hat der Kläger seinem Anführen nach in L. zu erfüllen gehabt und hier auch erfüllt. Die oben dargelegten Commissionsberathungen erledigen überdies jede Ungewißheit darüber, daß der Gesetzgeber den § 29 der CPO. auch auf zweiseitige Verträge, bei denen Leistung und Gegenleistung nicht an dem nämlichen Ort zu erfüllen sind, bezogen und für Klagen auf Aufhebung solcher Verträge den Erfüllungsort der Verpflichtung, an deren Wegfall dem Kläger gelegen ist, als maßgebend anerkannt hat. Hiernach bedarf es keines weiteren Eingehens auf die im Berufungsurtheil erörterte Frage nach dem Lieferungsort der dem Kläger zugesagten Prioritätsobligationen."

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 15. Febr. 1881. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 413.

298. Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung richtet sich nicht darnach, wo diese angeordnet, sondern darnach, wo diese vollzogen ist.* — Bei der abgesonderten Verhandlung der Einrede des unzuständigen Gerichts ist die Klagbegründung nicht zu erörtern.**

*Vgl. Bd. 33 Nr. 163. — **Vgl. Bd. 36 Nr. 234; auch Bd. 19 Nr. 73.

„Der im Interesse des durch eine unerlaubte Handlung Beschädigten, zum Zweck der Erleichterung des Beweises, eingeführte Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist nach § 32 der CPO., wie nach dem gemeinen Proceßrecht, bei dem Gericht begründet, in dessen Bezirk die Handlung begangen, die durch eine unerlaubte Handlung bewirkte Rechtsverletzung für den Kläger eingetreten ist. Die den Grund der vorliegenden Klage bildende, die Rechte des Klägers verletzende und ihn schädigende, angeblich unerlaubte Handlung ist aber die auf Befehl des Beklagten in Kreiensen zur Ausführung gelangte Verhaftung des Klägers, nicht der in Hannover vom Beklagten ertheilte Befehl dieser Verhaftung; denn nicht durch die Ertheilung des Verhaftungsbefehls, sondern durch die in Ausführung desselben erfolgte Freiheitsberaubung trat, falls, wie Kläger behauptet, die letztere gesetzwidrig war, eine Rechtsverletzung ein, und es wurde das die Grundlage der Klage bildende Delict da begangen, wo diese vollzogen wurde. Die Verhaftung des Klägers in Kreiensen verhält sich zu dem vom Beklagten in Hannover ertheilten Befehl der Verhaftung des Klägers nicht, wie der Revisionskläger ausführt, wie der zum Thatbestand einer strafbaren Handlung nothwendige Erfolg zu der That selbst, sondern es vollzog sich erst in und mit der Verhaftung des Klägers die den Grund der Klage bildende unerlaubte Handlung, es kam mit ihr erst die Rechtsverletzung des Klägers zur Erscheinung, und es kann daher die Frage dahingestellt bleiben, wo der Gerichtsstand begründet ist, wenn der zum Thatbestand einer strafbaren Handlung nothwendige Erfolg in einem andern Gerichtsbezirke eingetreten ist, als in demjenigen, in welchem die That begangen worden ist. Es bedurfte auch nicht zur Begründung der Zuständigkeit des vom Kläger angerufenen Gerichts, wie der Revisionskläger weiter geltend macht, der Behauptung, daß der Beklagte den Befehl gegeben habe, den Kläger im Gebiet des Herzogthums Braunschweig zu verhaften; es genügte vielmehr die vom Kläger aufgestellte und vom Beklagten nicht bestrittene Behauptung, daß seine Verhaftung auf Befehl des Beklagten von dem Polizeiwachtmeister L. auf dem Bahnhof in Kreiensen, also im Gebiet des LG. zu Holzminden, vorgenommen worden sei. Die Frage, ob der Beklagte für diese Ausführung seines Befehls im Gebiet des Herzogthums Braunschweig verantwortlich und schadenersatzpflichtig sei, oder ob andere Personen wegen Ueberschreitung des ihnen vom Beklagten ertheilten Befehls oder wegen unrichtiger Ausführung desselben die Ver-

antwortung tragen, ist gegenwärtig, wo es sich lediglich um die auf Grund der Bestimmungen in den §§ 247, 248 der CPO. vom Beklagten vorgeschützte Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts handelt, nicht zu erörtern, ihre Beantwortung kann vielmehr erst nach Verhandlung der Hauptsache erfolgen.

Ebensowenig begründet erscheint die weitere Ausführung des Revisionsklägers, daß das Gericht zunächst darüber hätte entscheiden müssen, ob die einzelnen, vom Kläger erhobenen Schadensersatzansprüche mit der in Kreiensen erfolgten Verhaftung desselben in ursachlichem Zusammenhange stehen, und ob das Gericht für sämmtliche Ansprüche zuständig sei, wobei sich ergeben haben würde, daß Letzteres nicht der Fall sei, da die erhobenen Ansprüche nicht auf die Verhaftung als solche, sondern auf die nach derselben vom Beklagten in Hannover getroffenen Anordnungen zurückgeführt würden. Das Fundament der Klage bildet die angeblich gesetzwidrige Freiheitsberaubung, und genügt zur Begründung der jetzt lediglich in Frage stehenden Zuständigkeit des nach § 32 der CPO. angerufenen Gerichts, daß diese unerlaubte Handlung in Kreiensen vorgenommen ist. Die Frage, ob alle, ob einzelne oder keiner der vom Kläger auf Grund dieser unerlaubten Handlung erhobenen Schadensersatzansprüche begründet seien, ob dieselben als Ausfluß der gesetzwidrigen Freiheitsberaubung und der in ihr enthaltenen Rechtsverletzung sich darstellen, oder ob sie vielmehr auf andere, von dem Beklagten nicht im Gebiete des angerufenen Gerichts vorgenommene selbständige Handlungen zurückzuführen seien, ist erst, wie von dem Gericht 1. Instanz mit Recht hervorgehoben worden ist, zu entscheiden, nachdem die Verhandlung zur Hauptsache stattgefunden hat."

Erk. des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 12. April 1881 i. S. Grote w. Vogel v. Falkenstein wegen Entschädigung. D.

---

299. Keine Ablehnung des Richters wegen Befangenheit, weil er an dem Erlaß eines dieselbe Rechtsfrage behandelnden Erkenntnisses in einem andern Proceß theilgenommen hat.

Vgl. Bd. 2 Nr. 219, 4[a]; Bd. 6 Nr. 64; Bd. 23 Nr. 259.

Das Gesuch eines Berufungsklägers um Ablehnung von Richtern des OLG. wurde aus folgenden Gründen verworfen:

„In Erwägung, daß, wenn auch in dem früheren Rechtsstreit durch das Erkenntniß vom 12. Mai 1879 dieselbe Frage entschieden worden ist, von deren Beantwortung das jetzt zu fällende Urtheil abhängen wird, doch die Richter, welche bei dem gedachten Erkenntniß mitgewirkt haben, weder nach § 41 Nr. 6 der CPO. kraft des Gesetzes von der Ausübung des Richteramts im gegenwärtigen Rechtsstreit ausgeschlossen, noch nach § 42 das. wegen Besorgniß der Befangenheit abzulehnen sind, indem die

Bestimmung des § 41 Nr. 6 verhüten soll, daß das Erkenntniß in unterer oder oberer Instanz durch dieselben Personen gefällt werde, mithin auf den gegenwärtigen Rechtsstreit nicht paßt, in welchem das Gericht 1. Instanz bei Fällung des Urtheils mit anderen Personen besetzt war, als das zur Fällung des Urtheils 2. Instanz berufene OLG.; die Ablehnung wegen Besorgniß der Befangenheit aber nach Abs. 2 des § 42 dann stattfindet, wenn ein Grund vorliegt, welcher Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen geeignet ist, ein solcher Grund jedoch aus dem Umstande, daß ein Richter an dem Erlaß eines dieselbe Frage betreffenden Erkenntnisses in einem andern Rechtsstreit theilgenommen hat, selbst dann nicht zu entnehmen sein würde, wenn feststände, daß er die Frage bei Abfassung des früheren Erkenntnisses in einem dem Ablehnenden nachtheiligen Sinn beantwortet hat, weil hieraus auf die Absicht einer Begünstigung der Gegenpartei nicht geschlossen werden kann, mithin im vorliegenden Fall, in welchem nicht einmal feststeht, in welchem Sinn die abgelehnten Richter beim Erlaß des früheren Erkenntnisses gestimmt haben, das Ablehnungsgesuch umsomehr als unbegründet zu verwerfen ist."

Beschluß des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 17. Novbr. 1880 in einer mecklenburg. Sache. Fenner u. Mecke Archiv Bd. 2 S. 13.

---

300. Zustellung von Anwalt zu Anwalt. Das Empfangsbekenntniß des Anwalts braucht nicht auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks gesetzt zu werden.

Der Berufungsrichter stellt fest: daß der Berufungsanwalt des Klägers Ausfertigung des ersten Urtheils nebst anklebender Empfangsbescheinigung übergeben hat und die Revision rügt hierin eine Verletzung des § 181 der CPO., weil das Empfangsbekenntniß auf das Schriftstück habe gesetzt werden müssen. Allein davon sagt der § 181 nichts. Daß die Urkunde über die Zustellung nicht nothwendig auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks zu setzen ist, ergiebt sich schon aus § 173 a. a. O. Der § 181 schreibt aber nicht einmal eine Verbindung beider Schriftstücke, wie § 173 vor.

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 11. Juni 1881 in der preuß. Sache Mackowiak w. Blandzi. Wck.

---

301. Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Nothfrist durch Unterlassung des Proceßvertreters, wenn diese nicht auf unabwendbarem Zufall beruht.

Vgl. Bd. 36 Nr. 156 mit Nachw.

Einer Armenpartei wurde auch für die 2. Instanz das Armenrecht bewilligt. Der ihr für diese Instanz beigeordnete Anwalt wandte sich

sofort an den Officialanwalt 1. Instanz um Mittheilung der Handacten, das Schreiben ging jedoch, weil mit Porto belastet, uneröffnet zurück. Darüber war die Berufungsfrist verstrichen. Das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde vom OLG. verworfen, desgleichen die hiergegen ergriffene Revision, letztere aus folgenden Gründen:

„Nach der eigenen Behauptung der Rev.-Kläger ist das Landgerichtsurtheil vom 12. März 1880 dem ihnen in 1. Instanz beigeordneten Vertreter, Rechtsanwalt W., schon am 5. April 1880 von dem Gegenanwalt ordnungsmäßig zugestellt worden. Diese Zustellung an den Proceßbevollmächtigten, der nach § 81 der CPO. die Partei repräsentirt, wirkte ohne Weiteres gegen die letztere. Es kommt überall nichts darauf an, ob der gedachte Anwalt seine Partei von der Zustellung in Kenntniß setzte oder nicht, vielmehr ist für die Statthaftigkeit des Gesuchs um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand allein entscheidend, ob jener Vertreter durch einen unabwendbaren Zufall im Sinn des § 211 der CPO. verhindert war, die geeigneten Schritte zur Einhaltung der Berufungsfrist zu thun. Eine derartige Verhinderung ist von den Revisionsklägern nicht einmal behauptet, noch weniger glaubhaft zu machen versucht worden.

Legt man jedoch das Hauptgewicht nicht sowohl auf die Thätigkeit des Proceßbevollmächtigten 1. Instanz, als auf eine etwaige Verhinderung des den Revisionsklägern in 2. Instanz durch Verfügung vom 21./23. April 1880 beigeordneten Rechtsanwalts H., so konnte auch dieser nach den Umständen des Falls Vorkehrungen zur Wahrung der damals noch im Lauf befindlichen Nothfrist treffen. Er konnte dies ebensowohl dadurch, daß er das an den Anwalt 1. Instanz gerichtete Schreiben vom 24. April portofrei absendete, wie auch dadurch, daß er sofort nach seiner Bestellung als Vertreter der Beklagten das Rechtsmittel der Berufung vorsorglich einlegte.

Ob den genannten Vertretern die Nichteinhaltung der Berufungsfrist zum Verschulden gereiche, ist nicht weiter zu untersuchen. Denn auf den Mangel eines Verschuldens des Proceßbevollmächtigten oder auch der Partei allein kann ein Restitutionsgesuch wegen Ablaufs einer Nothfrist nicht gestützt werden; es ist vielmehr die Abwesenheit eines solchen Verschuldens nur *eine* der Voraussetzungen, welche nach § 211 a. a. O. zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand berechtigen."

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 7. Jan. 1881 in einer hessen-darmstädt. Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 421.

---

302. Enthält die bloße gerichtliche Anzeige des Klägers, daß er befriedigt sei, eine ihn zur Zurückforderung des Proceßkostenvorschusses berechtigende Zurücknahme der Klage?

Kläger hatte vor der mündlichen Verhandlung dem Gericht angezeigt, daß er befriedigt sei. Im Verhandlungstermin blieben beide Parteien aus.

Das Begehren des Klägers, ihm den eingezahlten Kostenvorschuß nach Abzug der gemäß § 46 des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878 zu berechnenden Proceßkosten zurückzugeben, ward vom LG. zurückgewiesen, indem ausgeführt wurde: Die Anzeige der Befriedigung des Klägers enthalte weder eine Zurücknahme der Klage, noch überhaupt eine Erklärung processualer Natur, sondern beziehe sich auf das materielle Rechtsverhältniß; welche Wirkung sie für die Entscheidung der Hauptsache und für die Ordnung des Kostenpuncts habe, sei nach den über Zugeständnisse geltenden Grundsätzen, unter Berücksichtigung der aus dem Mündlichkeitsprincip sich ergebenden Anforderungen an Zugeständnisse (vgl. Motive zu § 261), im Erkenntniß festzustellen, letzteres selbst aber im ordnungsmäßigen Verfahren herbeizuführen; eine Erledigung des Processes werde durch jene Anzeige auch dann nicht bewirkt, wenn sie dem Gegner zugestellt werde (vgl. Motive zu §§ 277, 278). — Die Beschwerde des Klägers wurde aus folgenden Gründen verworfen:

„Die Erwägungen, auf denen die angefochtene proceßgerichtliche Entschließung beruht, entsprechen völlig der vorhandenen Sachlage und erscheinen durch die Ausführungen des Klägers nicht als widerlegt. Eine Zurücknahme der Klage (§ 243 der CPO.) ist bis jetzt nicht erfolgt; die Streitsache, deren Rechtshängigkeit durch die Erhebung der Klage begründet worden ist, ist daher noch gegenwärtig als anhängig anzusehen (§§ 235, 243 Abs. 3). Hieran wird dadurch nichts geändert, daß Kläger noch vor dem Termin dem Gericht seine Befriedigung angezeigt hat und daß im Termin die Parteien nicht erschienen sind. Denn letzterer Umstand bewirkt nur, daß das Verfahren einstweilen ruht, bis eine Partei eine neue Ladung zustellen läßt (§ 228 Abs. 2, § 191) und die lediglich an das Proceßgericht noch vor dem Termin gerichtete schriftliche Anzeige, daß Kläger befriedigt sei, ist für die processuale Lage der Sache einflußlos, da dieselbe außerhalb der mündlichen Verhandlung und noch bevor durch Eröffnung der letzteren das Proceßgericht in Erörterung der Sache eingetreten war, erfolgt ist. Wäre die Anzeige aber auch dem Beklagten zugestellt worden, so würde dieselbe doch diesen, da sie nach Obigem die Rechtshängigkeit der Sache nicht beseitigt, des Rechts nicht berauben, dem Kläger eine neue Ladung zustellen zu lassen, um in der mündlichen Verhandlung das Geständniß des Klägers feststellen und nach § 277 der CPO. ein die Klage abweisendes, für ihn die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache begründendes und den Anspruch auf Kostenerstattung wahrendes Erkenntniß erlangen zu können (Motive zu §§ 277, 278)."

Beschluß des OLG. zu Dresden v. 31. März 1880. Wallmann deutsche Juristenzeitung Bd. 4 S. 631.

303. Unterliegen auch Beweisbeschlüsse der Vorschrift des § 267 der CPO., daß Mängel des Verfahrens durch unterlassene Rüge im nächsten Verhandlungstermin geheilt werden?

In 1. Instanz war durch Beweisbeschluß dem Beklagten ein demselben zugeschobener Eid auferlegt worden. Im Termin erschien der Beklagte und verweigerte den Eid. Darauf klaggemäß verurtheilt, rügte Beklagter in 2. Instanz, daß der Eid nicht durch Beweisbeschluß, sondern durch bedingtes Endurtheil hätte aufgelegt werden sollen. Die Berufung wurde verworfen, weil Beklagter den allerdings vorliegenden processualischen Verstoß bei der nächsten mündlichen Verhandlung nicht gerügt (§ 267 der CPO.) und dadurch nach § 492 der CPO. auch für die 2. Instanz das Rügerecht verloren habe. Seine Revision blieb erfolglos; höchstrichterlich wurde ausgeführt:

„Da thatsächlich feststeht, daß der Beklagte in dem zur Leistung des in dem Beweisbeschluß vom 23. Februar 1880 über die in demselben zum Beweise gestellte Thatsache normirten Schiedseides auf den 18. März 1880 anberaumten Termin erschienen und bei dieser nächsten auf Grund des mangelhaften Verfahrens stattgehabten mündlichen Verhandlung den Mangel nicht gerügt, sondern den in dem ergangenen Beweisbeschluß für ihn normirten Eid verweigert hat, somit die übrigen Voraussetzungen des § 267 der CPO. gegeben sind, so handelt es sich nur darum, ob auch Beweisbeschlüsse und insbesondere Beweisbeschlüsse, durch welche die Leistung eines Eides angeordnet wird, zu denjenigen Proceßhandlungen gehören, deren Mängel nach § 267 von den Parteien gerügt werden müssen. Bei der allgemeinen Fassung des § 267 „die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Proceßhandlung betreffenden Vorschrift" fragt es sich, wie das Gebiet der Anwendbarkeit dieser Vorschrift zu begrenzen sei. Die Motive enthalten keine bestimmten Anhaltspunkte, es wird vielmehr gesagt, es müsse der Wissenschaft überlassen bleiben, festzustellen, welche Vorschriften unter § 267 fallen.

Zieht man den Zweck dieser im Anschluß an die Vorschriften vieler neuerer Gesetzgebungen aufgenommenen Bestimmungen, die Zahl der formellen Beschwerden zu verringern und einen geregelten Gang des Verfahrens zu sichern, sowie die Entstehungsgeschichte des § 267 in Betracht, so kann es einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß nicht nur Parteiproceßhandlungen, d. h. solche Handlungen, welche von nicht richterlichen Beamten auf Betreiben einer Partei zur Führung des Processes vorgenommen werden, sondern auch gerichtliche Proceßhandlungen, also solche Handlungen, welche vom Gericht im Lauf des Verfahrens vorgenommen werden, ohne eigentliche Acte der Rechtsprechung zu sein, unter das Gesetz fallen, die letzteren jedoch nur, soweit nicht der Inhalt richter-

licher Verfügungen in Frage kommt. Es gehören hierher namentlich diejenigen richterlichen Verfügungen, welche keine sachliche Entscheidung enthalten, sondern den Zweck haben, den Fortgang des Proceßverfahrens zu betreiben und die definitive Entscheidung vorzubereiten, welche also nur eine proceßleitende Bedeutung haben. Geht man hiervon aus, so findet § 267 auch auf Beweisbeschlüsse Anwendung. Denn diese haben nur die Bedeutung einer die Beweiserhebung anordnenden proceßleitenden Verfügung, welche in keiner Weise für den erkennenden Richter bindend und maßgebend ist. Handelt es sich um Anfechtung ihres Inhalts, so kann allerdings § 267 keine Anwendung finden; sind dagegen bei ihrem Erlaß sonstige Vorschriften des Verfahrens verletzt, so müssen dieselben bei Vermeidung der im § 267 angedrohten Nachtheile von der Partei rechtzeitig gerügt werden. Der gleichen Beurtheilung unterliegt auch der Fall, wenn, wie vorliegend, durch Beweisbeschluß die Leistung eines Eides angeordnet wird, soweit es sich nicht um die Anfechtung des Inhalts des Beschlusses handelt. Denn auch dieser Beschluß ist kein Act der Rechtsprechung, sondern hat nur die Natur einer proceßleitenden, die Endentscheidung vorbereitenden, für den Richter nicht bindenden Verfügung. Wird der durch Beweisbeschluß auferlegte Eid geleistet oder verweigert, so treten zwar die in den §§ 428, 429 der CPO. festgesetzten Folgen ein, es wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet, bzw. es gilt das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen. Allein der erkennende Richter hat die Frage, ob und welche Bedeutung diesen somit festgestellten Thatsachen für die Entscheidung beizulegen sei, vollkommen frei und unabhängig zu prüfen und auf Grund der nach Erledigung der Beweisnahme stattfindenden Verhandlung zu erkennen. In der hier in Betracht kommenden Beziehung begründet es principiell keinen Unterschied, ob die durch den Beweisbeschluß angeordnete Beweisaufnahme andere Beweismittel oder den Eid betrifft. Auch das von dem Revisionskläger aus der Vorschrift in § 325 der CPO. gegen die Anwendbarkeit des § 267 auf den Beweisbeschluß erhobene Bedenken ist nicht begründet. Die Bestimmung, daß vor Erledigung des Beweisbeschlusses von keiner Partei eine Aenderung desselben auf Grund der bisherigen Verhandlungen beantragt werden kann, bezweckt, vor Störung und Verzögerung des Verfahrens zu schützen und zu verhüten, daß die Parteien auf Grund der bisherigen Verhandlungen Einwendungen gegen den Inhalt des Beweisbeschlusses erheben, indem sie geltend machen, daß überhaupt kein Beweis nach Lage der Sache zu erheben sei, oder daß andere Thatsachen zum Gegenstand der Beweiserhebung zu machen, oder daß andere Beweismittel zuzulassen seien. Dagegen steht diese Bestimmung überall nicht entgegen, die Verletzung von Vorschriften des Verfahrens bei Erlaß des Beweisbeschlusses und insbesondere zu rügen, daß die Leistung eines über die für relevant erachteten Thatsachen zugeschobenen und angenom-

neuen Eides nicht durch Beweisbeschluß hätte angeordnet werden dürfen, sondern auf dieselbe durch bedingtes Endurtheil hätte erkannt werden müssen, weil einer der in der CPO., insbesondere in § 426 hervorgehobenen Ausnahmen von der in § 425 aufgestellten Regel nicht vorliege.

Der Beklagte hätte also, wenn er die in § 267 angedrohten Nachtheile vermeiden wollte, in dem auf Grund des Beweisbeschlusses vom 23. Februar 1880 stattgehabten nächsten Verhandlungstermin nicht die Leistung des ihm auferlegten Eides verweigern dürfen, sondern die Unzulässigkeit der Formen der Anordnung der Eidesleistung rügen und den Erlaß eines bedingten Endurtheils beantragen müssen."

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 30. Novbr 1880 in einer preuß. (hannov.) Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 367.

304. Aufhebung des Berufungsurtheils wegen seines sich widersprechenden Thatbestandes.

Vgl. Bd. 36 Nr. 85, 160.

Das Berufungsurtheil geht durch die uneingeschränkte Bezugnahme auf den Thatbestand des 1. Urtheils von der thatsächlichen Grundlage aus, daß der Beklagte bei der Klägerin „Schmalzfett" bestellt und Klägerin dies an den Beklagten abgesandt hat. Im Widerspruch hiermit wird in den Entscheidungsgründen des Berufungsurtheils davon ausgegangen, daß Schmalzfett bestellt, aber Butter, ein andrer Gegenstand, abgesandt sei. Dies ergeben die Worte deutlich, ohne daß die folgenden unklaren Ausführungen mit Sicherheit auf einen andern Sinn derselben schließen lassen. — Ebenso ist nach dem in Bezug genommenen Thatbestand des 1. Urtheils der Verkauf der von der Klägerin an den Beklagten abgesandten Waare durch die Steuerbehörde zu M. veranlaßt, um den Eingangszoll der Waare, die sie als Butter bezeichnete, einzuziehen. In den Entscheidungsgründen aber wird vom Berufungsrichter ausgeführt, die Confiscation der Waare durch die Steuerbehörde sei durch unrichtige Declaration derselben durch die Klägerin herbeigeführt. Es ist nicht ersichtlich, daß der Berufungsrichter unter Confiscation etwas Anderes als eine Confiscation im gesetzlichen Sinn gemeint hätte; die Annahme einer solchen widerspricht dem angezogenen Thatbestand des 1. Richters.

Bei diesen Widersprüchen fehlt es in Betreff der beiden gedachten Punkte an einem zweifellosen Thatbestande, an einer Sachdarstellung, welche die Grundlage zur Anwendung der Gesetze und zur Entscheidung der Sache geben konnte und dem Revisionsrichter die Prüfung ermöglicht, ob die Gesetze richtig angewendet sind.

Auf dieser Verletzung des § 284 Nr. 3 der CPO. beruht die Entscheidung des Berufungsgerichts, welches die Klage auf den Kaufpreis der

Waare abweist; nach § 511 das. ist daher die Revision begründet und nach § 527 das angefochtene Urtheil aufzuheben.

Da es an einer ausreichenden Feststellung des Sachverhältnisses im Berufungsurtheil fehlt, so ist nach § 528 der CPO. die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 4. Mai 1881 in der preuß. Sache Pfropfe w. Kiel. Wck.

---

305. Urtheile brauchen nicht durch Uebergabe einer Ausfertigung, können vielmehr auch durch Uebergabe einer beglaubigten Abschrift zugestellt werden.

I. Nach dem System der CPO. schließt die Thätigkeit des Proceßgerichts mit der Verkündung des Endurtheils durch Verlesung der Urtheilsformel in der Sitzung (§ 282 der CPO.), und der Weiterbetrieb der Sache für die höhere Instanz oder für die Vollstreckung des Urtheils liegt der Partei ob, welche an diesen Vorgängen ein Interesse hat. Eine Zustellung des Urtheils, d. h. eine Mittheilung des Urtheils an die Parteien, gehört daher — den Fall des § 582 ausgenommen — nicht zu der Officialpflicht des Proceßgerichts.

Um ein Urtheil der höheren Instanz oder der Zwangsvollstreckung zugänglich zu machen, ist die Zustellung desselben nothwendig, theils um die Rechtskraft des Urtheils herbeizuführen (§ 645), theils um solche durch Wahrung der Nothfrist für Einlegung der Rechtsmittel zu verhindern. Zum Zweck dieser Zustellung bedarf die betreibende Partei einer Ausfertigung, welche das Urtheil entweder ganz oder im Auszuge enthält und welche von dem Gerichtsschreiber unter Siegel und Unterschrift ertheilt wird (§§ 271, 288 Abs. 3). Von der Zustellung — im Selbstbetriebe der Partei — handeln die §§ 152—192, und nach § 156

> „besteht die Zustellung, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in deren Uebergabe, in den übrigen Fällen in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks.
>
> Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprocessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt, bei den von Amts wegen zuzustellenden Schriftstücken durch den Gerichtsschreiber."

Die CPO. kennt, wie überhaupt, so auch für Urtheile: Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften (§§ 271 Abs. 1, 288 Abs. 2), und daß auch Abschriften zugestellt werden können, ergeben die §§ 155, 172, 174 Nr. 6. Ob nun aber Urtheile in Ausfertigung zugestellt werden müssen, oder auch in Abschrift zugestellt werden können, darüber enthält die CPO. keine nähere Bestimmung; denn die §§ 288 Abs. 1, 304 Abs. 1, 477 Abs. 1 und 514 sprechen nur von der „Zustellung des Urtheils" als solchen, und der

§ 288 Abs. 2 verbietet nur die Ertheilung von Ausfertigungen, Auszügen und Abschriften vor der Verkündung und Unterschrift des ergangenen Urtheils. Die Beantwortung der Frage: in welcher äußern Form, ob in Ausfertigung ein Urtheil zugestellt werden müsse? läßt sich daher nur aus § 156 herleiten, für dessen Sinn und processualische Bedeutung seine geschichtliche Entstehung von Wichtigkeit ist.

Der § 156 beruht auf einem Beschluß der Justizcommission. Der entsprechende § 166 des Entwurfs lautete im Absatz 3: „Jeder Person, an welche eine Zustellung erfolgt, ist beglaubigte Abschrift des mitzutheilenden Schriftstücks und der Zustellungsurkunde zu übergeben. Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprocessen mitzutheilenden Schriftstücken durch den Anwalt." — In gleicher Weise erfolgte nach § 170 des Entwurfs (jetzt § 177) die Zustellung durch den Postboten „durch Uebermittelung eines Couverts, in welchem die beglaubigte Abschrift des mitzutheilenden Schriftstücks enthalten ist", und die Motive begründen diese Bestimmungen unter Hinweis auf die in Deutschland geltende Gesetzgebung durch die Worte: „Die richtigen materiellen und processualischen Wirkungen der Zustellung lassen es zweckmäßig erscheinen, daß nicht simple Abschriften, sondern Copien, deren Uebereinstimmung mit dem Originale beglaubigt ist, dem Requisiten behändigt werden" (Hahn die gesammten Materialien zur CPO. II. 1. S. 23, 224, 230, 231). Von der Justizcommission wurde nun zum § 170 des Entwurfs beschlossen: hinter den Worten „in welchem" einzuschalten „die mitzutheilende Ausfertigung oder" (Hahn a. a. O. II. 2. S. 992), wodurch von selbst eine Modification des § 166 des Entwurfs sich ergab, der denn auch nach der Zusammenstellung der Commissionsbeschlüsse 2. Lesung in dem neu hinzugefügten § 149a die jetzige Fassung des § 156 der CPO. dahin erhielt: „die Zustellung besteht, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in deren Uebergabe, in den übrigen Fällen in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks" (Hahn a. a. O. II. 2. S. 1212).

Aus dieser Entstehungsgeschichte des § 156 ist erkennbar, daß nach dem Wortlaut des § 166 des Entwurfs und nach deutlicher Absicht der Motive der Gegenstand der Zustellung ausschließlich oder doch in erster Reihe beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks war, und daß erst die Justizcommission „Ausfertigung" und „beglaubigte Abschrift" neben einander gestellt hat, ohne ausdrücklich auszusprechen: wann eine „Ausfertigung" und wann „eine beglaubigte Abschrift" zuzustellen ist. Erwägt man nun aber, daß die Justizcommission mit keinem Wort zu erkennen gegeben hat, daß sie von dem Princip des Entwurfs hat abweichen wollen, daß auch die CPO. die Zustellung des Urtheils in Ausfertigungsform nicht vorgeschrieben hat, und daß mit den Worten des § 156 „zuzustellendes

Schriftstück" nicht das körperlich zu übergebende, individuell und objectiv bestimmte, sondern dasjenige Schriftstück gemeint ist, dessen Zustellung an den Gegner überhaupt in Frage steht (Struckmann und Koch CPO. S. 126, Petersen CPO. Thl. 1 S. 377), so läßt sich die Unterscheidung des § 156 — nach der Zustellung in Ausfertigung und in beglaubigter Abschrift — nicht aus der bloßen Wortfassung, sondern nur aus dem Sinn und der Bedeutung jener Unterscheidung in dem System der CPO. bestimmen. Denn nach der letzteren giebt es in Wirklichkeit Schriftstücke, die ausschließlich in Form der Ausfertigung zuzustellen sind, z. B. Schiedssprüche, welche von den Schiedsrichtern zu unterschreiben und den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen sind (§ 865 a. a. O.). Man muß annehmen, daß die Justizcommission, sich dieser Verschiedenheit der Zustellungsweise nach dem System der CPO. bewußt, die Unterscheidung der Zustellung — nach Ausfertigung und beglaubigter Abschrift — im § 156 getroffen hat und es daher, wo die Ausnahme für die Zustellung in Ausfertigung nicht zutrifft, bei der Regel des Entwurfs, d. h. bei der Zustellung des Schriftstücks durch Uebergabe einer beglaubigten Abschrift, verbleibt. Da nun in dem Gesetz, wie bereits nachgewiesen, für Urtheile eine Zustellung in Ausfertigung nicht vorgeschrieben ist, so folgt mit Nothwendigkeit, daß die Zustellung von Urtheilen, in Gemäßheit der zweiten Alternative des § 156, gültig auch durch Uebergabe einer beglaubigten Abschrift — nicht geschehen muß — aber geschehen kann. Die Commentatoren der CPO. stimmen in dieser Auslegung des § 156 mit wenigen Ausnahmen überein, und an der Hand seiner Entstehungsgeschichte läßt sich eine entgegengesetzte Auffassung mit dem System des Gesetzes kaum vereinen (Struckmann und Koch [2. Aufl.] S. 126, Sarwey Bd. 1 S. 251, Hellmann 1. Abth. S. 470, Petersen Thl. 1 S. 378, Seuffert S. 155; Endemann Bd. 1 S. 528 läßt in gewisser Beziehung auch eine Zustellung in beglaubigter Abschrift zu).

Die Auffassung des Berufungsrichters, daß ein Urtheil nur in Ausfertigung, nicht in beglaubigter Abschrift zugestellt werden könne, ist daher unrichtig und verletzt das Gesetz in den vorstehend erläuterten Vorschriften. Die von dem Berufungsrichter zur Unterstützung seiner Ansicht noch herangezogenen Vorschriften der §§ 290 und 291, die Notirung von Berichtigungen auf den Urtheilsausfertigungen, und § 662, die Zwangsvollstreckung auf Grund vollstreckbarer Ausfertigung betreffend, berühren ganz andere Elemente des Processes, zum Theil besonders geartete Urtheilsausfertigungen und haben auch nicht den entferntesten Einfluß auf die formalen Vorschriften über die Zustellung.

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 14. Mai 1881 in der preuß. Sache v. Sprenger w. Kobelke. Wck.

II. In gleichem Sinn hat der 3. Civilsenat des Reichsgerichts in der preuß. (gemeinrechtl.) Sache Magistrat in Hannover w. Consistorium daselbst unterm 29. März 1881 erkannt. In diesem Urtheil ist u. A. ausgeführt:

„Wenn hervorgehoben wird, die Nothwendigkeit der Uebergabe einer Ausfertigung des Urtheils ergebe sich aus den Vorschriften über den Modus der Zustellung, jede Zustellung einer beglaubigten Abschrift setze voraus, daß das Original des zuzustellenden Schriftstücks in die Hände des Zustellungsbeamten gelange und daß auf dasselbe die Zustellungsurkunde nach § 173 Abs. 2 gesetzt werde, dieses sei bei den Urtheilen nicht möglich, weil die Partei die Urschrift des Urtheils nicht erhalte, — so steht dem entgegen, daß die von dem Gerichtsschreiber in der im § 288 vorgeschriebenen Form ertheilten Ausfertigungen des Urtheils als Urschrift im Sinn der §§ 155 und 173 der CPO. anzusehen sind.

Die weitere Ausführung, es ergebe sich aus den Vorschriften in den §§ 290, 291 der CPO. evident, daß die Zustellung einer beglaubigten Abschrift nicht genüge, weil in denselben von einer Mehrheit „von Ausfertigungen" gesprochen und speciell bestimmt worden, daß der Berichtigungsbeschluß auf diesen „Ausfertigungen" zu bemerken sei, dieses aber voraussetze, daß beide Theile im Besitz von Ausfertigungen sich befinden, da es keinen Sinn haben würde, den Berichtigungsbeschluß nur auf der Ausfertigung der betreibenden Partei, aber nicht auf dem im Besitz des Gegners befindlichen Schriftstück zu bemerken, ist nicht zutreffend. Zunächst setzen die citirten Bestimmungen nicht eine Mehrzahl von Ausfertigungen des Urtheils als stets vorhanden voraus, sondern sie treffen nur Vorsorge, daß die Berichtigungen des Urtheils, welche von Amts wegen oder auf Antrag der Parteien in Gemäßheit der §§ 290, 291 gemacht werden, auf alle vorhandenen Ausfertigungen gesetzt werden. Jede Partei kann sich eine Ausfertigung des Urtheils geben lassen und wird dieses der Regel nach, auch wenn sie nicht der betreibende Theil ist, thun. Wenn also in den §§ 290, 291 bestimmt ist: „Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheil und den Ausfertigungen bemerkt", so folgt daraus nur, daß der Berichtigungsbeschluß nicht besonders ausgefertigt und nicht bloß auf die bei den Gerichtsacten befindliche Urschrift des Urtheils, sondern auch auf alle Ausfertigungen, welche von demselben ertheilt sind oder noch ertheilt werden, gesetzt werden soll; da es allerdings keinen Sinn haben würde, die Berichtigung nur auf der Ausfertigung der betreibenden Partei zu bemerken. Unrichtig ist aber die Annahme, daß die §§ 290, 291 voraussetzen, daß beide Theile im Besitz von Ausfertigungen sich befinden, und insbesondere folgt daraus nicht, daß der Gegner der betreibenden Partei durch diese eine Ausfertigung des Urtheils erhalten haben müsse. Es braucht zu der Zeit, wo eine Berichtigung des Urtheils nach § 290 von Amts wegen oder auf Antrag, oder nach § 291 eine Be-

richtigung des Thatbestands beschlossen wird, eine Zustellung des Urtheils überhaupt noch nicht erfolgt zu sein, ja es wird namentlich in den Fällen der letzteren Art der Regel nach eine Zustellung noch nicht geschehen sein, weil die Frist nach § 291 nur eine Woche vom Tage des Aushangs des Verzeichnisses der verkündeten und unterschriebenen Urtheile (§ 287) beträgt. Es folgt also daraus, daß in den §§ 290, 291 von einer Mehrheit von Ausfertigungen die Rede ist, in keiner Weise die Nothwendigkeit der Uebergabe einer Ausfertigung des Urtheils zum Zweck der Zustellung."

Entsch. des RG. Bd. 3 S. 436.

306. Beschlüsse brauchen weder die Namen der mitwirkenden Richter zu enthalten noch von diesen allen unterschrieben zu werden.

Der § 294 Abs. 2 der CPO. bestimmt, welche der für Urtheile geltenden Bestimmungen auf Beschlüsse Anwendung finden sollen. Unter diesen Bestimmungen ist weder § 284, nach dessen Ziff. 2 ein Urtheil die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, enthalten soll, noch § 286, welcher bestimmt, daß das Urtheil von diesen Richtern zu unterzeichnen ist, aufgeführt. Allerdings ist § 288 erwähnt, welcher bestimmt, daß, solange das Urtheil nicht verkündet und nicht unterschrieben ist, eine Ausfertigung desselben nicht ertheilt werden dürfe. Allein daraus folgt nur, daß ein Beschluß vor der Ausfertigung in der zur Beurkundung desselben erforderlichen Weise unterschrieben sein soll. — Diese Auslegung des Gesetzes ist auch in § 19 der Geschäftsordnung des Reichsgerichts anerkannt.

Nun trägt die dem Massevertwalter im L. H.'schen Concurse zugestellte Ausfertigung des Beschlusses des herzoglichen LG. zu Gotha vom 16. August 1880 die Unterschrift: „Herzoglich sächsisches Landgericht, Civilkammer II" und darunter befinden sich zwei Namensunterschriften, sodann folgt die vom 20. August 1880 datirte, vom Gerichtsschreiber unterschriebene Beglaubigung. Die Unterschriften des Beschlusses bezeichnen sich durch ihre Stellung als Unterschriften von Richtern, welche bei der Beschlußfassung mitgewirkt haben. Haben die unterschriebenen Personen in der That an der Beschlußfassung theilgenommen, so ist der von ihnen unterschriebene Beschluß in genügender Weise als Beschluß der Civilkammer und damit auch die gesetzmäßige Besetzung dieses Gerichts bei der Beschlußfassung beurkundet. Daß aber die Unterschriften von Richtern, welche an der Beschlußfassung theilgenommen, herrühren, wird durch die Beglaubigung der Ausfertigung durch den Gerichtsschreiber in gesetzmäßiger Weise bekundet. — Die betreffende Ausfertigung verstößt mithin nicht gegen gesetzliche Vorschriften, insbesondere nicht gegen § 77 des GVG.

Beschluß des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 18. Decbr. 1880 in einer thüring. Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 400.

307. Recht der Zeugnißverweigerung nach § 350 Ziff. 4 der CPO.

Nach § 350 Ziff. 4 und § 348 Ziff. 2 der CPO. darf der Ehemann einer Partei sein Zeugniß nicht verweigern über diejenigen auf das streitige Rechtsverhältniß sich beziehenden Handlungen, welche von ihm selbst als Rechtsvorgänger einer Partei vorgenommen sein sollen. Es kann sich fragen, ob das Gesetz mit dem Zusatz „als Rechtsvorgänger", entsprechend den folgenden Worten „als Vertreter", lediglich solche Handlungen hier bezeichnen will, welche der Zeuge zu einer Zeit vorgenommen haben soll, nachdem die Succession einer Partei in sein Recht bereits erfolgt war, oder auch die schon vor solcher Succession geschehenen Handlungen des Zeugen. Für die letztere Auslegung spricht, daß die ganze Gesetzesbestimmung mit der Vorschrift des § 414 der CPO. in Verbindung steht, wonach die Eideszuschiebung an Dritte, also insbesondere, was nach gemeinem Proceßrecht nicht unbestritten, an den Cedenten oder sonstigen Auctor einer Partei, nicht stattfindet, und daß deshalb, um insoweit die Mittel zur Aufklärung der Beweisfrage zu ergänzen, eine zeugeneidliche Vernehmung des Auctors selbst in den Fällen, wo derselbe nach den Regelbestimmungen des § 348 Ziff. 1—3 und § 349 Ziff. 1 sein Zeugniß verweigern dürfte, hat ermöglicht werden sollen (Struckmann und Koch CPO. § 350 Anm. 2), daß aber die Beweisführung in Beziehung auf solche das streitige Rechtsverhältniß betreffenden Handlungen, welche der Rechtsvorgänger einer Partei schon vor der Succession einer Partei in das Recht desselben, z. B. schon vor der Cession an den Kläger, vorgenommen haben soll, bei Weitem häufiger in Frage kommen wird, als in Beziehung auf seine erst später, etwa erst nach der Cession vorgekommenen Handlungen. Wenngleich daher die Wortfassung des Gesetzes (§ 350 Ziff. 4) nicht allen Zweifel hierüber ausschließt, so ist doch nach dem Zweck und Sinn der Bestimmung jener weiteren Interpretation, wonach man unter den fraglichen Handlungen alle Handlungen des Rechtsvorgängers in Beziehung auf das streitige Rechtsverhältniß, ohne Rücksicht auf die Zeit, wann sie geschehen sein sollen, zu verstehen hat, der Vorzug zu geben.

Urtheil des OLG. zu Celle (2. Sen.) v. 24. Mai 1881 i. S. Tiedau w. Ehefrau Mund. W.

---

308. Bedeutung des Grundsatzes der Mündlichkeit für die Berufungsinstanz.

Nach dem Thatbestand des Urtheils 1. Instanz hatte Beklagter u. A. behauptet, daß der der Klage zu Grunde liegende Kaufvertrag unter einer näher angegebenen, demnächst nicht eingetretenen Suspensivbedingung abgeschlossen sei. Die Klage wurde in 1. Instanz aus einem andern Grunde abgewiesen. In der darauf vom Kläger beschrittenen Berufungsinstanz ist nach dem Thatbestand des 2. Urtheils jener Einwand vom Beklagten nicht

wieder vorgetragen worden, und eine Berichtigung dieses Thatbestandes hat derselbe nicht beantragt. Im Uebrigen aus den Gründen des Revisionsurtheils:

„Der von dem Revisionskläger unter Bezugnahme auf Wach Vorträge zur CPO. S. 184 und von Wilmowski und Levy Commentar zur CPO. § 488 aufgestellte Satz, der gesammte in den Acten 1. Instanz ruhende Proceßstoff müsse dem Berufungsrichter als offenkundig gelten, auch wenn er mündlich nicht vorgetragen sei, der Vortrag der Parteien habe nur Informationszweck, da das Gericht das ihm Offenkundige nicht ignoriren dürfe, und es habe daher der Berufungsrichter den gedachten, in 1. Instanz geltend gemachten Einwand berücksichtigen müssen, auch wenn die Behauptungen, auf welchen er beruht, mündlich nicht wiederholt wären, kann für richtig nicht anerkannt werden.

Der dem Verfahren nach der CPO. zu Grunde liegende, wie für die 1. Instanz, so auch für die Berufungsinstanz geltende Grundsatz der Mündlichkeit (§§ 485, 487, 488, 246, 119 der CPO.) besteht darin, daß der Rechtsstreit unmittelbar vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern verhandelt wird, daß das erkennende Gericht in Betreff des thatsächlichen Stoffs eines Rechtsstreits einerseits Alles, was bei der Verhandlung mündlich vorgetragen wird, andrerseits aber auch nur dieses zu berücksichtigen hat. Daraus folgt, daß in der Berufungsinstanz die Berücksichtigung des thatsächlichen Vorbringens der Parteien in 1. Instanz durch Wiederholung desselben in der mündlichen Berufungsverhandlung bedingt ist, und daß die schriftliche Feststellung des Parteivorbringens in 1. Instanz die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsrichter nicht ersetzen kann. Diese Folgerung würde nur dann ausgeschlossen sein, wenn aus den über das Berufungsverfahren gegebenen besonderen Vorschriften eine solche Abweichung von den für das Verfahren vor den LG. geltenden Normen sich ergäbe. Dieses ist aber nicht der Fall. Das Berufungsverfahren enthält zwar eine Fortsetzung des Verfahrens 1. Instanz, es ist die Identität des Rechtsstreits festgehalten worden und es soll der Rechtsstreit nicht in der Art von Neuem verhandelt werden, als wäre das Urtheil 1. Instanz, die in demselben enthaltene Feststellung des Sachverhältnisses und die Beweisverhandlungen nicht vorhanden, indem stets die Richtigkeit des angefochtenen Urtheils zu prüfen bleibt und diese Prüfung an das dem Gericht vorliegende Urtheil sich anschließen muß. Allein daraus folgt nicht, daß der gesammte in den Acten 1. Instanz ruhende Proceßstoff in der Art als Berufungsproceßstoff gelte, daß das Berufungsgericht denselben von Amts wegen berücksichtigen müßte oder auch nur dürfte, auch wenn derselbe nicht mündlich vorgetragen ist. Es ist vielmehr in § 487 vorgeschrieben, daß der Rechtsstreit vor dem Berufungsgericht in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von Neuem verhandelt wird, und in § 488 Vorsorge getroffen, daß das für die

Entscheidung des Berufungsgerichts wesentliche thatsächliche Vorbringen 1. Instanz, soweit dasselbe schriftlich festgestellt ist, dem Berufungsgericht mündlich vorgetragen wird; indem nicht allein den Parteien aufgegeben ist, das durch die Berufung angefochtene Urtheil, sowie die diesem Urtheil vorausgegangenen Entscheidungen nebst den Entscheidungsgründen und den Beweisverhandlungen insoweit vorzutragen, als dieses zum Verständniß der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist, sondern auch dem Vorsitzenden zur Pflicht gemacht ist, im Fall der Unvollständigkeit des Vortrags dessen Vervollständigung, nöthigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung zu veranlassen und für eine erschöpfende Erörterung der Sache Sorge zu tragen (§§ 127, 130). Die Geltung des Princips der Mündlichkeit ist ferner im § 499 zum Ausdruck gelangt, indem darnach über die in 1. Instanz verhandelten, aber nicht entschiedenen Streitpuncte, über welche in 2. Instanz eine Entscheidung erforderlich wird, vor dem Berufungsgericht verhandelt werden soll.

Die von dem Revisionskläger geltend gemachte Ansicht kann auch durch die Vorschriften in den §§ 473, 494, 495 und 504, auf welche man sich zu deren Begründung berufen hat, nicht gerechtfertigt werden. Wenn in § 504, welcher den Zweck hat, das Versäumnißverfahren in der Berufungsinstanz zu regeln, in Abs. 2, in Consequenz des der Berufung zu Grunde liegenden allgemeinen Gedankens, wonach das zu Gunsten des Berufungsbeklagten in 1. Instanz ergangene Urtheil nicht völlig ignorirt werden kann, abweichend von dem für die 1. Instanz in § 296 aufgestellten Grundsatz bestimmt ist: „beantragt der Berufungskläger gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Berufungsbeklagten das Versäumnißurtheil, so ist, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht, das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden zu erachten", so folgt daraus nicht, daß das festgestellte Sachverhältniß dem Berufungsgericht an sich für bekannt gilt. Es ergiebt sich vielmehr aus § 488, daß dasselbe dem Berufungsgericht mündlich von dem Berufungskläger vorzutragen ist, da die hier für die mündliche Verhandlung der Berufung gegebene allgemeine Vorschrift auch auf das Versäumnißverfahren in der Berufungsinstanz Anwendung findet, und daß, falls der Vortrag des erschienenen Anwalts ein unvollständiger ist, der Vorsitzende für eine Vervollständigung desselben Sorge zu tragen hat, um das Gericht in die Lage zu setzen, zu prüfen, ob das in dem Urtheil 1. Instanz festgestellte Sachverhältniß dem Antrage des Berufungsklägers nicht entgegensteht.

Aus den in den §§ 494, 495 mit Rücksicht auf die rechtliche Natur eines gerichtlichen Geständnisses als einer Disposition der Partei über den Streitgegenstand, und auf die Vergleichsnatur des zugeschobenen Eides

getroffenen Bestimmungen ergiebt sich, daß nicht jede in der 1. Instanz vorgekommene Proceßhandlung in der höheren Instanz wiederholt zu werden braucht, um auch für diese Wirksamkeit zu haben. Allein eine nothwendige Vorbedingung für die Berücksichtigung des Proceßstoffs der unteren Instanz bleibt auch hierbei, daß dasjenige, was in den Acten 1. Instanz in dieser Beziehung festgestellt ist, von den Parteien vorgetragen ist. Dasselbe gilt für die Bestimmung in § 473. Nach § 488 sollen auch die dem angefochtenen Urtheil vorausgegangenen Entscheidungen, soweit sie für die abzugebende Entscheidung in Betracht kommen, von den Parteien vorgetragen werden. Was überhaupt bei der Entscheidung in Berücksichtigung kommen muß, ist durch den Vortrag der Parteien, nöthigenfalls auf Anhalten des Vorsitzenden, dem erkennenden Gericht mitzutheilen; ein Verfahren, wodurch das Berufungsgericht von dem thatsächlichen Inhalt der Verhandlungen 1. Instanz, soweit derselbe in den Acten festgestellt ist, ohne Mitwirken der Parteien in Kenntniß gesetzt würde, kennt die CPO. nicht. Der Vorsitzende, wie die Mitglieder des Gerichts, welchen unbenommen ist, von dem Inhalt der Acten Kenntniß zu nehmen, haben die Vollständigkeit und Richtigkeit der Vorträge der Parteien, insbesondere bezüglich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Puncte zu überwachen. Aber eine unmittelbare Berücksichtigung des nicht zum Vortrag gelangten Inhalts der Acten gestattet die CPO. nicht, sie eröffnet nur, wenn nach Schluß der Verhandlung bei der Berathung Bedenken über die Vollständigkeit des Vortrags entstehen, oder sich ergiebt, daß die Sache in irgend einem Punct nicht vollständig erörtert sei, den Weg zur Wiedereröffnung der Verhandlung, um durch eine Vervollständigung der Verhandlung die Berücksichtigung des bisher nicht mitgetheilten Proceßstoffs zu ermöglichen.

Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, für die Berufungsinstanz eine so erhebliche Abweichung von den dem Verfahren im Allgemeinen zu Grunde liegenden Principien zu machen, wie sie in der, von dem Revisionskläger aufgestellten Ansicht enthalten ist, so würde er dies bestimmt und klar zum Ausdruck haben bringen müssen. Es hätte dazu um so mehr Veranlassung vorgelegen, als die angeregte Streitfrage auch in dem vormaligen Königreich Hannover nach Einführung der auf den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit beruhenden bürgerlichen Proceßordnung vom 6. November 1850 aufgekommen und in dem hier vertretenen Sinn zum Austrag gebracht war (vgl. Leonhardt Berufung S. 71 ff.).

Hiernach kann die Beschwerde des Revisionsklägers, daß die von ihm vorgebrachte Behauptung vom Berufungsrichter in proceßwidriger Weise ignorirt worden sei, nicht für begründet erachtet werden. . . .

Urtheil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 25. Jan. 1881 in einer thüring. Sache. Deutscher Reichsanzeiger pro 1881, beil. Beil. Nr. 6 S. 1 ff.

309. Ein durch königlichen Erlaß genehmigtes und durch die Gesetzsammlung veröffentlichtes Reglement für die Feuersocietät einer Provinz ist kein Gesetz im Sinne der §§ 511, 525 der CPO.

. . . Ob das durch kgl. Erlaß vom 9. September 1863 genehmigte und durch die Gesetzsammlung zur öffentlichen Kenntniß gebrachte revidirte Reglement für die Feuersocietät der Provinz Posen ein Gesetz und zwar ein Provinzialgesetz im Sinn des § 511 der CPO., des § 6 des Einführungsgesetzes zu derselben und des § 1 der kaiserl. Verordnung vom 28. September 1879 ist, darüber hat der Berufungsrichter sich nicht ausgesprochen; das Bestehen und den Inhalt eines solchen Gesetzes daher nach § 525 der CPO. nicht festgestellt. An sich erachtet das Reichsgericht jenes Reglement nicht für ein Gesetz; legt demselben vielmehr und wesentlich einen privatrechtlichen und vertraglichen Charakter bei, neben welchem die landesherrliche Prüfung und Genehmigung nur die Wahrung des landespolizeilichen Interesses zum Gegenstand haben. Als dem Vertragsrecht angehörig begründet das Reglement daher zunächst obligatorische Rechtsbeziehungen nur unter den Versicherungscontrahenten, mindestens nicht in Beziehung auf die — bei der Versicherung zwar interessirten — Hypothekengläubiger. Letztere stehen nicht unter dem Einfluß des Reglements, sondern — zunächst — dem des Gesetzes. . . .

Urtheil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 23. März 1881 in der preuß. (landrechtl.) Sache Hypoth.-Creditgesellsch. in Stettin w. Herzfeld. Wck.

---

310. Die Revision kann nicht auf die Verletzung ausländischen Rechts gestützt werden. Die Feststellung des Inhalts ausländischer Gesetze durch den Berufungsrichter ist für den Revisionsrichter bindend.

Vgl. Bd. 36 Nr. 86, 244.

Die CPO. schließt nicht bloß im § 511 die Gründung der Revision auf Verletzung eines im Bezirk des Berufungsgerichts nicht geltenden Gesetzes aus, sondern bestimmt auch im § 525, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Inhalt von Gesetzen, auf welche die Revision nicht gestützt werden kann, für die auf die Revision ergehende Entscheidung maßgebend ist. Darnach muß im vorliegenden Fall für den Revisionsrichter . . . die Auslegung, welche das Berufungsgericht dem österreichischen Gesetz vom 24. April 1874 hat zu Theil werden lassen, maßgebend bleiben. . . .

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 8. Jan. 1881 in der preuß. Sache Ferdinandsbahn w. Keßner. Fenner u. Mecke Archiv Bd. 2 S. 162.

---

311. Unrichtige Beurtheilung eines Vertrags als Revisionsgrund.

Vgl. Bd. 36 Nr. 163, 164.

I. Die Parteien streiten über Inhalt und Natur der von ihnen abgeschlossenen Geschäfte, die der Kläger als Käufe, der Beklagte als Gelegenheitsgesellschaften auffaßt. Der 1. Richter entwickelt aus den Umständen, daß Käufe vorliegen und verurtheilt den Beklagten zur Zahlung der Kaufpreise. Der 2. Richter bestätigt. Auf Revision des Beklagten wird in höchster Instanz ausgesprochen:

„Die Frage nach dem Inhalt des Vertragswillens ist Thatfrage. Steht dieser Inhalt fest, so ist die Frage nach der rechtlichen Natur des Vertrags Rechtsfrage. Es kann im einzelnen Fall zweifelhaft sein, ob der Richter den Inhalt des Vertragswillens hat feststellen, oder ob er von dem feststehenden Vertragswillen ausgehend, hat deduciren wollen, welche rechtliche Natur der Vertrag habe. Wie sich aus den Gründen des 1. Urtheils, welche der 2. Richter auch zu den seinigen macht, ergiebt, ist im vorliegenden Fall die Absicht des Richters darauf gerichtet, den Vertragswillen der Parteien festzustellen, und zwar dahin, die Parteien hätten nicht beabsichtigt, zum gemeinschaftlichen Handeln zusammenzutreten, sondern einen auf gegenseitige Leistung von Waare und Preis gerichteten Vertrag einzugehen. Diese Feststellung entzieht sich der Nachprüfung des Revisionsrichters. Die aus dieser thatsächlichen Feststellung gezogenen rechtlichen Folgerungen sind aber völlig richtig."

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 17. Novbr. 1880 in einer anhalt. Sache. Fenner u. Mecke Archiv Bd. 2 S. 138.

II. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag, aus welchem geklagt wird, nicht ein Kauf, sondern eine Einkaufscommission sei, enthält nicht eine thatsächliche Feststellung, an welche das Revisionsgericht nach § 524 der CPO. gebunden wäre, sondern eine rechtliche Beurtheilung, welche der Nachprüfung des Revisionsgerichts nach §§ 511, 512 der CPO. unterliegt. In thatsächlicher Hinsicht ist nur festgestellt, daß der Vertrag auf dem Correspondenzwege durch die vorgelegten Briefe der Parteien abgeschlossen worden ist. Ob die hierin enthaltenen Willenserklärungen derselben einen Kaufvertrag, ein Commissionsgeschäft oder ein sonstiges Rechtsgeschäft darstellen, ist ein der Revision unterliegendes Urtheil, welches in einer Anwendung der Rechtsnormen über die begrifflichen Merkmale der in Frage stehenden Rechtsgeschäfte auf die festgestellten Willenserklärungen besteht.

Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 5. Jan. 1881 in einer preuß. Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 109 ff.

312. Revision wegen fehlender Entscheidungsgründe.

Die aus § 120 der Gewerbenovelle vom 17. Juli 1878 erhobene Klage war auf die beiden Behauptungen gestützt 1. daß das Material des abgesprungenen Keils schlecht gewesen sei, und 2. daß Beklagter keine brauchbaren Schutzbrillen beschafft habe. Die 1. Instanz verurtheilte auf Grund der zweiten Behauptung und bezeichnete die erste Behauptung ohne Beweiserhebung über dieselbe als unerheblich. Im Thatbestand des Urtheils 2. Instanz ist zunächst mitgetheilt, was in beiden bezeichneten Richtungen in 1. Instanz verhandelt worden sei, und dann bemerkt, daß in 2. Instanz beide Parteien ihre früheren Behauptungen wiederholt, auf die erbotenen Beweise Bezug genommen und nur neue Zeugen namhaft gemacht haben. Die Entscheidungsgründe beschäftigen sich dann aber lediglich mit der Frage, ob Beklagter durch die unterlassene Beschaffung von Schutzbrillen seine Pflicht verletzt habe, und weil dies zu verneinen wird die Klage abgewiesen. Auf Revision des Klägers ist dies Urtheil aus folgenden Gründen aufgehoben worden:

„Bei dieser Sachlage erscheint die Rüge des Mangels an Entscheidungsgründen (§ 513 Ziff. 7 der CPO.) begründet.

Wenn das Gesetz Entscheidungsgründe verlangt (§ 284 Ziff. 4, § 259 der CPO.), so geschieht dies, theils, um eine gewisse Garantie dafür zu schaffen, daß das Urtheil ein Werk reiflicher Erwägung sei und Alles, was die Parteien vorgebracht, gewürdigt werde, theils auch deshalb, weil nur aus den Entscheidungsgründen entnommen werden kann, ob und inwieweit die Entscheidung auf thatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen beruhe, also der Revision zugänglich sei oder nicht. Nach diesen Zwecken des Gesetzes ist klar, daß die Gründe über alle nach Maßgabe des Parteivorbringens sich darbietenden Streitpuncte sich verbreiten müssen und zwar derart, daß kein Zweifel bleibt, ob eine thatsächliche Feststellung vorliege oder die Entscheidung auf Rechtsgründen beruhe. Es ist dies insbesondere auch für Auslegung der Bestimmung in § 513 Ziff. 7 der CPO. von Bedeutung, welche es als Revisionsfall bezeichnet: „wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist". Mit diesen Worten will das Gesetz nicht etwa bloß Fälle bezeichnen, wo über die durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Ansprüche (§ 293 der CPO.) ganz oder theilweise ohne Angabe von Gründen erkannt ist; vielmehr ist sein Sinn ein weiterer und begreift namentlich auch Fälle, wo selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Klagebehauptungen, Einreden, Repliken u. s. w.) unberücksichtigt bleiben, ohne daß erkennbar wäre, ob dies absichtlich oder aus Versehen geschehen, und welche thatsächlichen oder rechtlichen Gründe den Richter dazu veranlaßten. Es mag in dieser Beziehung nicht unerwähnt bleiben, daß die bayr. PO., aus deren Art. 788 Ziff. 4 besagte Worte (nach den

Motiven) entlehnt sind, diese Fassung absichtlich wählte, um hiermit den vorbezeichneten Sinn auszudrücken. Allerdings ist andererseits anzuerkennen, daß auf die bloße Form ein entscheidender Werth nicht zu legen ist, daß es vielmehr genügt, wenn aus der Gesammtheit der gegebenen Gründe sich mit Sicherheit folgern läßt, daß und warum der Richter einem Vorbringen bezeichneter Art Beachtung versagt habe; allein ein Fall letzterer Art liegt nicht vor, insbesondere ist kein Anlaß gegeben, anzunehmen, der Berufungsrichter habe sich der bezüglichen Begründung des 1. Richters anschließen wollen."

Urtheil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 3. Decbr. 1880 in einer preuß. (rheinl.) Sache. Entsch. des RG. Bd. 3 S. 388 ff.

---

313. Welcher Gerichtsschreiber hat das Zeugniß über die Rechtskraft zu ertheilen, wenn die Revision eingelegt und zurückgenommen, der Verlust des Rechtsmittels aber noch nicht durch Urtheil ausgesprochen ist?

Vgl. Bd. 36 Nr. 87.

„Die Revision der Klägerin ist durch Zustellung des Schriftstücks vom 9. Mai l. J. zurückgenommen. Damit ist der Verlust des Rechtsmittels verbunden (§§ 529, 476 der CPO). Der Proceß ist seitdem nicht mehr beim Reichsgericht anhängig und folgeweise die Gerichtsschreiberei nicht mehr zuständig, das gewünschte Atteſt über die Rechtskraft zu ertheilen (§ 646 der CPO). Daß die Revisionsbeklagte nach § 476 den Antrag formiren kann, den Verlust des Rechtsmittels und die Kostenpflichtigkeit des Revisionsklägers durch Urtheil auszusprechen, erhält nicht die Zuständigkeit des Reichsgerichts."

Beschluß des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 15. Juni 1881 in der preuß. Sache Gleichmann w. Schäfer. Wck.

Register

über

den sechsunddreißigsten Band des Archivs für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

(Die Zahlen bedeuten den Platz in der Aufeinanderfolge, die Nummer.)

I. Civilrecht.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Lehren.

Hauptstück 1. Rechtsquellen.

I. Anwendung und Auslegung der Gesetze. 1. Genossenschaftsgesetz vom 4. Juli 1868; Unterbrechung der Verjährung gegen einen ausgeschiedenen Genossenschafter durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren oder die Concursmasse der Genossenschaft. 94. — 2. Ein durch königlichen Erlaß genehmigtes und in der Gesetzsammlung veröffentlichtes Reglement für die Feuersocietät einer Provinz ist kein Gesetz im Sinn der §§ 511, 525 der CPO. 309. — 3. Bedeutung des Gerichtsgebrauchs in Auslegungsfragen. 186.

II. Hergebrachtes Recht. Gewohnheit, Herkommen, Gerichtsgebrauch. 1. Erfordernisse des Herkommens als Gewohnheitsrecht. 172. — 2. Handelsusance ist nicht immer Gewohnheitsrecht. 173. — 3. Bedeutung des Gerichtsgebrauchs in zweifelhaften Auslegungsfragen. 186. — 4. Gerichtsgebrauch hat kein Ehescheidungsrecht erzeugt. 46. — 5. Auf irriger Theorie oder Mißverständniß beruhender Gerichtsgebrauch. 37. 254.

III. Statutencollision. Verjährungsfrist für ausländische Wechsel, wenn im betreffenden Ausland die Klagverjährung als processuales Rechtsinstitut angesehen wird. 92.

Hauptstück 2. Von den Rechten und deren Verfolgung.

I. Allgemeine Rechtsregeln. 1. Statthaftigkeit einer Klage auf Ersatz der vom bösgläubigen Besitzer gezogenen Früchte ohne gleichzeitige Vindication des Grundstücks. 131. — 2. Nachforderung gesetzlicher Zinsen nach rechtskräftig erledigter Hauptsache. 16. — 3. Nachforderung von Verzugszinsen. 272 S. 414. — 4. S. Hauptst. 4 II. Ziff. 1—4, betr. Popularklagen ꝛc. — 5. Vgl. Civilproceß Hauptst. 2 I. Begrenzung der Civilproceßsachen.

II. Präjudicialklagen. 1. Unstatthaftigkeit einer Feststellungsklage gegen einen Theilhaber bezüglich alle Theilhaber berührender Streitpuncte. 123. — 2. Klage des Staatsbeamten auf Anerkennung seines Rechts auf Versorgung seiner Hinterbliebenen. 29.

III. Klagübergang auf die Erben. 1. Uebergang der Rechte aus einem Jagdpachtvertrage auf die Erben eines Pächters gegen den Widerspruch des Mitpächters. 196. — 2. Vererblichkeit des Rechts, von den Eltern die Bestellung eines Heirathsguts zu verlangen. 48. — 3. Der Gerichtsstand der Erbschaft bei Klagen aus Vermächtnissen gilt auch für die Erben des Beschwerten. 235.

IV. Verjährung von Klagen und Rechten. 1. Verjährbarkeit der Einreden, insbesondere der aus dem ädilitischen Edict. 1. — 2. Verjährung der Ansprüche nach dem Reichshaftpflichtgesetz aus einem Unfall vor Erlaß des Gesetzes. 201. — 3. Unterbrechung der Verjährung gegen den ausgeschiedenen Genossenschafter durch Handlungen gegen die Liquidatoren oder die Concursmasse der Genossenschaft. 94. — 4. Anerkennung einer verjährten Schuldforderung. 269.

V. Retentionsrecht an Mobilien, die in Folge Leibgedingvertrags in die Wohnung des Beklagten gebracht sind. 2.

Hauptstück 3. Von den Personen.

I. Von den natürlichen Personen. 1. Legitimation durch nachfolgende Ehe; Beweisfragen. 174. — 2. Universalität der über Statusfragen ergangenen res iudicata. 82. — 3. Mißheirath zwischen einem Mann vom hohen Adel und einer bürgerlichen Frau. 93. — 4. Erbschaftsantritt für einen Wahnsinnigen, Accrescenzrecht der Miterben. 204.

II. Von den juristischen Personen. 1. Eingetragene Genossenschaft. Erwerb der Mitgliedschaft nur durch schriftliche Erklärung; vom Gegner zu beweisen; nicht zu erweisen durch das dem Registerrichter überreichte Mitgliederverzeichniß. 3. — 2. Beweis der Mitgliedschaft durch Auftreten als Vorstandsmitglied. 255. — 3. Kann der ausgetretene Genosse einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit zu Nachschüssen für spätere Schäden angehalten werden? 4. — 4. Bei dem Vertheilungsverfahren nach § 52 des Genossenschaftsgesetzes dürfen vorher ausgeschiedene Genossenschafter nicht herangezogen werden. 175. — 5. Unterbrechung der Verjährung gegen den ausgeschiedenen Genossenschafter durch Handlungen gegen die Liquidatoren oder die Concursmasse der Genossenschaft. 94.

Hauptstück 4. Von den Sachen.

I. Res divini iuris. Das Recht an einem Erbbegräbniß geht verloren mit Verkauf des Guts, auf dem dasselbe errichtet ist. 176.

II. Res publicae. 1. Gerichtlicher Schutz von privaten Anlagen auf dem Verkehr entzogenen Grundstücken. 5. — 2. Heutige Anwendbarkeit der popularen und sonstigen römischrechtlichen Interdicte zum Schutz des Gebrauchs öffentlicher Sachen. Es genügt factischer usus publ. der Sache. Legitimation des von der Störung Betroffenen zur Anstellung der Klage. 199. — 3. Unvordenkliche Benutzung eines öffentlichen Weges bewirkt regelmäßig keine Privatberechtigung; Popularklagen, insbesondere das interd. ne quid in loco publ., mit Bezug auf Veränderungen öffentlicher Wege durch die zuständige Behörde. 95. — 4. Kann der Anlieger einer Straße wegen Verwandlung derselben in eine Sackgasse gegen die Gemeinde auf Wiederherstellung und Schadensersatz klagen? 277.

III. Körperliche und unkörperliche Sachen. Ist der Wechsel eine Sache? 96

IV. Einzelne Sachen und Sachgemeinheiten. 1. Unterschied von Zubehörungen und Bestandtheilen einer Sache. 15. — 2. Eigenthumsvorbehalt an einer univ. rerum. 127.

V. Haupt- und Nebensachen. 1. S. vorstehend IV. Ziff. 1. — 2. Ueber die Pertinenzqualität von in Fabrikgebäuden eingemauerten Maschinen. 256. — 3. Zugehörigkeit des Grund und Bodens bei horizontal abgetheilten Gebäuden. 106.

Hauptstück 5. Von den Handlungen.

I. Mängel der Willensbestimmung. 1. Nur der Betrug, der den Abschluß des Geschäfts veranlaßte, giebt Anspruch auf Rescission. 6. — 2. Keine Rescission, wenn der Betrug nur die Höhe des Kaufpreises betraf und nicht den Abschluß des Geschäfts veranlaßte. 177. — 3. Rescission wegen dolus causam dans; Causalnexus zwischen der unwahren Mittheilung und dem Entschluß zur Eingehung des Geschäfts. 7. — 4. Haftung des Verkäufers für dolus wegen unwahrer Anpreisungen über den Miethertrag des verkauften Hauses; die culpa des Getäuschten ist einflußlos. 97. — 5. Ungültigkeit des vom Mandatar arglistig zum Nachtheil des Mandanten abgeschlossenen Geschäfts auch dem an der Gefährde theilnehmenden Dritten gegenüber. 98. — 6. Anfechtung eines Theilungsvertrages wegen Irrthums. 257. — 7. Simulation, Kauf oder verschleierte Verpfändung? 8. 99. 100. 101.

II. Willenserklärung. 1. Stillschweigender Verzicht auf die aus der Unbrauchbarkeit des Miethobjects sich ergebenden Einwendungen. 115. — 2. Dauer der relocatio tacita. 190. — 3. Ueber Bedeutung und Wirkung unbeanstandeter Uebernahme von Bauwerken. 273. — 4. Haftung des Principals für Geschäfte eines Dritten, wenn er zuließ, daß dieser sich als Handlungsbevollmächtigter gerirte. 55. — 5. Stillschweigende Ermächtigung eines Handlungsgehülfen zur Empfangnahme von Zahlungen. 56. — 6. Stillschweigende Anerkennung eines Saldo durch neues vorbehaltloses Creditbegehren nach Empfang der Abrechnung. 60. — 7. S. auch unten VII. Ziff. 7. 8. 11. 12.

III. Stellvertretung bei Rechtsgeschäften. 1. Eigenthumserwerb durch Stellvertreter. 116. 127. — 2. S. vorstehend unter II. Ziff. 4. 5. — 3. Desgl. unten dritten Abschn. Hauptst. 2 III. A Ziff. 3. 4 (RHPflGes.).

IV. Form der Rechtsgeschäfte. 1. Bedeutung der Vereinbarung schriftlicher Abfassung eines mündlich geschlossenen Vertrages. 19. 258. — 2. Die Vereinbarung, einen abgeschlossenen Vertrag wieder aufzuheben, unterliegt nicht denselben Formvorschriften wie der aufzuhebende Vertrag selbst. 178. — 3. Die Actienzeichnung durch einen Bevollmächtigten erfordert keine schriftliche Vollmacht. 212. — 4. Findet die Formfreiheit der Handelsgeschäfte auch auf die Uebernahme einer Bürgschaft für die Forderung aus einem Handelsgeschäft Anwendung, wenn die Bürgschaftsübernahme selbst kein Handelsgeschäft ist? 219.

V. Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. 1. Stricte Auslegung der Bedingungen in Verträgen. 103. — 2. Erfüllung der Bedingung durch Hinderung ihres Eintritts durch den bedingt Verpflichteten. 9. 102. 179. — 3. Der Nichteintritt der Voraussetzung bei Uebernahme einer Verpflichtung befreit den Verpflichteten. 10. — 4. Die Befristung in der Bedingung wirkt fort, auch wenn der Verpflichtete den Eintritt der Bedingung verzögert. 102.

VI. Anfechtung und Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte. 1. S. vorstehend unter I. Ziff. 1—7. — 2. Anfechtung der einem Vorschußverein geleisteten Bürgschaft wegen statutenwidrigen Handelns des Vereinsvorstandes bzw. wegen Nachlässigkeit in der Beitreibung vom Hauptschuldner. 40.

VII. Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1. Stricte Auslegung der Bedingungen in Verträgen. 103. — 2. Protestatio facto contraria? 259. — 3. Bedeutung der Vereinbarung schriftlicher Abfassung eines mündlich geschlossenen Vertrages. 19. 258. — 4. Wann sind Quittungen als Dispositivacte anzusehen? 104. — 5. Bedeutung der Clausel: an jeden getreuen Inhaber der Obligation zahlen zu wollen. 268. 285. — 6. Kaufcontract oder verschleierte Verpfändung? 8. 99. 100. 101. — 7. Gilt der Empfänger einer Waarensendung als Käufer der über die Bestellung hinaus gesandten Waaren, wenn er die Sendung ohne Untersuchung und ohne Kenntniß des Mehrinhalts weiter ver-

äußert? 220. — 8. Inwiefern ist in der Zusage, dafür sorgen zu wollen, daß ein Dritter seinen Verbindlichkeiten nachkomme, die Uebernahme einer Bürgschaft zu finden? 39. — 9. Testamentsauslegung; Frage, ob in dem Testament die Errichtung eines Familienfideicommisses gefunden werden kann? 136. — 10. Durch vertragsmäßige Abänderung der sechswöchentlichen Kündigungsfrist (Art. 61 des HGB.) wird die Bestimmung, daß das Dienstverhältniß nur mit Ablauf eines Kalendervierteljahrs aufgehoben werden kann, nicht geändert. 283. — 11. Die bei Genuskäufen geleistete Zahlung gegen Aushändigung des Connossements gilt als Vorschußzahlung, nicht als Erfüllung des Käufers. 287. — 12. Liegt in der Anfrage, ob Jemand einen Wechsel von einem bestimmten Betrage für einen Dritten acceptiren werde, zugleich eine Annahme der demnächstigen Erklärung, daß ein Wechsel zu einem geringeren Betrage acceptirt werden solle? 112. — 13. Interpretation des Thatbestands eines Berufungsurtheils. 241.

VIII. Protestation und Reservation. 1. Protestatio facto contraria? 259. — 2. Vorbehaltloses neues Creditbegehren nach empfangener Abrechnung gilt als stillschweigende Anerkennung des Contocurrentsaldo. 60. — 3. Vorbehalt des Gläubigerrechts bei Herausgabe der retinirten Versicherungspolice an die Versicherungsgesellschaft nach Zahlung der Versicherungssumme zum gerichtlichen Depositum, zwecks Erhaltung des kaufmännischen Retentionsrechts. 286.

IX. Verzichtleistung. 1. Stillschweigender Verzicht auf die aus der Unbrauchbarkeit der Miethwohnung sich ergebenden Einwendungen. 115. — 2. Rechtswirksamkeit des Verzichts auf das Notherbenrecht vor dem Tode des Erblassers auch ohne besondere Acceptation des vertragsmäßigen Verzichts. 134.

X. Verschulden, Zufall. 1. Bei der Haftung wegen dolus ist die culpa des Getäuschten einflußlos. 97. — 2. Zum Begriff der höheren Gewalt. 180. — 3. Verpflichtung des Nutznießers eines Grundstücks zu nothwendigen Reparaturen, auch in Folge elementarer Ereignisse. 14. — 4. Casuelle Unmöglichkeit der Leistung bei der Diemmiethe. 192. — 5. Unfall und Zufall i. S. der Art. 618 und 635 des HGB. 69.

Hauptstück 6. Raum- und Zeitverhältnisse.

I. Besitz. 1. Unverträglichkeit des constit. possess. mit dem pact. reserv. dom. 127. — 2. Voraussetzung für den Quasibesitz des Licht- und Aussichtsrechts. 110. — 3. Petitorium absorbet possessorium. 105. — 4. Auch im Besitzstreit über eine Servitut sind Einreden statthaft, welche dem Rechtsgrundsatz möglichster Schonung des dienenden Objects entnommen sind. 181.

II. Unvordenkliche Verjährung. 1. Unvordenkliche Benutzung eines öffentlichen Weges erzeugt regelmäßig kein privates Nutzungsrecht. 95. — 2. Beweislast des Klägers darüber, daß die behauptete unvordenkliche Uebung im Bewußtsein der Rechtsausübung erfolgt sei. 182.

Zweiter Abschnitt.

Dingliche Rechte.

Hauptstück 1. Von den dinglichen Rechten im Allgemeinen.

Gültigkeit und Wirkung einer Cession dinglicher Ansprüche. 25.

Hauptstück 2. Eigenthum.

I. Miteigenthum. 1. Eigenthum an horizontal abgetheilten Gebäuden; Zugehörigkeit des Grund und Bodens. 106. — 2. Verpfändung gemeinschaftlicher Sachen durch einen der Miteigenthümer. 266. — 3. Wird durch ein obsiegliches Urtheil im Rei-

torienstreit mit einem von mehreren Miteigenthümern des angeblich herrschenden Grundstücks auch gegen die übrigen Rechtskraft bewirkt? 265.

II. Besonderheiten und Beschränkungen des Eigenthums an Grundstücken. 1. Ueber die heutige Geltung des römischrechtlichen Verbots, der Tenne des Nachbarn den Luftzug zu verbauen. 107. — 2. Jede künstliche Aenderung des natürlichen Ablaufs des Regenwassers und dadurch bewirkte schädigende Immission desselben auf ein Nachbargebäude ist rechtswidrig. 183.

III. Erwerb und Verlust des Eigenthums. 1. Begriff der iusta causa traditionis. 99. — 2. Erwerb durch Stellvertreter. 127. — 3. In wessen Eigenthum stehen die in Folge Eisern-Viehvertrags dem Pächter übergebenen und die von ihm ergänzten Inventarstücke? 116. — 4. Begriff der gestohlenen und verlorenen Sachen nach Art. 306 des HGB. 61. — 5. Das Recht an einem Erbbegräbniß geht verloren mit Verkauf des Guts, auf welchem dasselbe errichtet ist. 176.

IV. Rechtsmittel. 1. Sct. Inventianum. Begriff des dolo desinere possidere. 11. — Desgl.; Benachrichtigung des Besitzers von den Ansprüchen eines Dritten versetzt jenen nicht nothwendig in mala fides. 12. — 3. Vindication des an einen Unberechtigten bezahlten Wechsels; Verhältniß des Art. 74 zum Art. 36 der WO. 73. — 4. Statthaftigkeit einer Klage auf Ersatz der vom bösgläubigen Besitzer gezogenen Früchte ohne gleichzeitige Vindication des Grundstücks. 131. — 5. Der gutgläubige Vindicationsbeklagte haftet für entgangenen Gewinn erst nach Beginn des Processes. Causalnexus zwischen Vorenthaltung der Sache und dem entgangenen Gewinn. 260. — 6. Actio negatoria auf Beseitigung eines vom früheren Eigenthümer gestatteten thatsächlichen Eingriffs? 261. — 7. Klage des Anliegers einer Straße wegen Verwandlung derselben in eine Sackgasse auf Wiederherstellung und Schadensersatz? 277. — 8. S. vorstehend II. Ziff. 2. — 9. Werth des Streitgegenstands bei der Negatorienklage. 295.

Hauptstück 3. Dienstbarkeiten.

I. Allgemeine Natur und verschiedene Arten. Realgerechtigkeit ohne herrschendes Grundstück. 108.

II. Realservituten. 1. S. vorstehend unter I. — 2. Nicht ein einzelner Theil, sondern das Grundstück als Ganzes ist praed. dominans. 262. — 3. Werden alle Theile des dienenden Grundstücks von der Servitut ergriffen? 109. — 4. Der Umfang der Servitut wird durch das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks, nicht durch das persönliche Interesse seines Eigenthümers bestimmt. 13. — 5. Voraussetzung für den Quasibesitz des Licht- und Aussichtsrechts. 110. — 6. Fahrtrecht; Feststellung der Richtung der Fahrt durch Wahl des Berechtigten; Beweislast über den örtlichen Umfang des Rechts. 109. — 7. Befugniß des Forsteigenthümers, bestimmte Tage für die Ausübung der Streulaubberechtigung vorzuschreiben. 263.

III. Personalservituten. Verpflichtung des Nutznießers zu nothwendigen Reparaturen, auch in Folge elementarer Ereignisse. 14.

IV. Besitz der Servituten. S. oben ersten Abschn. Hauptst. 6 I. Ziff. 2. 4.

V. Erwerb der Servituten. 1. Erforderniß zur Entstehung ipso facto ist die Existenz zweier selbständiger Objecte, welche bisher denselben Herrn hatten. 15. — 2. Zur Ersitzung ist nicht gerade der Wille erforderlich, ein Recht an einer fremden Sache zu haben. 262. — 3. Inwiefern wird die Rechtsausübungsabsicht dadurch ausgeschlossen, daß für die durch Ausübung der Servitut verursachten Schäden zu Zeiten Entschädigung geleistet ist? 264. — 4. Zeitdauer der Ersitzung, wenn von mehreren Miteigenthümern des herrschenden Grundstücks einer abwesend ist, angewandt auf das Communionsgebiet zweier Staaten. 265. — 5. Unständige Servituten werden durch ordentliche Ersitzung erworben. 254. — 6. Die Ersitzung von Gebäudeservituten in Jahr und Tag

nach lübschem Recht bezieht sich nur auf solche Servituten, die durch eine bauliche Einrichtung ausgeübt werden. 184. — 7. S. ersten Abschn. Hauptst. 6 II. Ziff. 1. 2, betr. unvordenkliche Verjährung.

VI. Rechtsmittel. Wird durch ein obsiegliches Urtheil im Negatorienstreit mit einem der Miteigenthümer des angeblich herrschenden Grundstücks auch gegen die übrigen Rechtskraft bewirkt? 265.

Hauptstück 4. Pfandrecht.

1. Kauf oder verschleierte Verpfändung von Mobilien? 8. 99. 100. 101. — 2. Verpfändung gemeinschaftlicher Sachen durch einen der Miteigenthümer. 266. — 3. Beim Legat einer verpfändeten Sache hat im Zweifel der Erbe, nicht der Legatar die Pfandschuld zu übernehmen. 206. — 4. Das Gericht kann bei Bewilligung des Pfandverkaufs nach Art. 310 des HGB. dem beantragenden Gläubiger die Art und Weise, wie der Verkauf zu bewirken ist, überlassen. 218. — 5. Das öffentliche Pfandrecht genießt nach r. R. einen unbedingten Vorzug vor dem sog. Privatpfandrecht. 185. — 6. Vorzug der reservirten Kaufgeldhypothek vor der ältern Dotalhypothek der Ehefrau des neuen Erwerbers. 186. — 7. Collision zwischen dem Pfändungspfandrecht (§ 709 der CPO.) und dem Pfandrecht des Vermiethers. 251. — 8. Durch Empfangnahme des Erlöses aus den versteigerten gepfändeten Sachen seitens des Gerichtsvollziehers (§ 720 der CPO.) erleidet das Vorrecht anderer Gläubiger keine Veränderung. 247. — 9. Ueberweisung der gepfändeten Forderung an den Gläubiger zur Einziehung (§ 736 der CPO.) macht denselben nicht zum Gläubiger des Drittschuldners. 248. — 10. Fortbestand des Pfandrechts für eine Forderung, wenn zwar dieselbe bezahlt, die Zahlung aber mit dem paulianischen Rechtsmittel erfolgreich angefochten und zurückgewährt ist. 267.

Dritter Abschnitt.

Recht der Obligationen.

Hauptstück 1. Allgemeine Lehren.

I. Subjecte. Verschiedenheit der Obligation nach den Personen.

Die Cession einer passiven Correalobligation nur in der Richtung gegen den einen correus deb. ist rechtswirksam. 24.

II. Gegenstand der Obligationen.

1. Nachforderung gesetzlicher Zinsen nach rechtskräftig erledigter Hauptsache. 16. — 2. Desgl. von Verzugszinsen. Mit der Cession einer Forderung sind auch die bis dahin aufgelaufenen Verzugszinsen cedirt. 272. — 3. Rechtliche Natur der Zinscoupons auf Inhaber. Sie unterliegen dem Verbot des Anatocismus. 294. — 4. Befreiung von der Interesseleistung durch Untergang der geschuldeten Sache; Beweislast. 111. — 5. Causalnexus zwischen Vorenthaltung der Sache und dem entgangenen Gewinn. 260. — 6. Kann der Anlieger einer Straße wegen deren Verwandlung in eine Sackgasse auf Schadensersatz klagen? 277. — 7. Beweislast bezüglich der Frage, ob der auf Ersatz des Interesse gegen den zurückgetretenen Besteller des Werks klagende Unternehmer seine Arbeitskraft anderweitig verwerthet habe. 28.

III. Erfüllung der Obligationen.

A. Subjecte. 1. Zahlung nach dem Tode des Gläubigers im Auftrage desselben an einen Dritten. 119. — 2. Bedeutung der Clausel: an jeden getreuen Inhaber der Obligation zu zahlen. 268. 285. — 3. Zahlung an den stillschweigend zur Empfangnahme ermächtigten Handlungsgehülfen. 56.

B. Gegenstand. 1. Zahlung bei Genuskäufen gegen Aushändigung des Connossements gilt als Vorschußzahlung, nicht als Erfüllung des Käufers. 287. — 2 Anweisung des Gläubigers auf den Erlös aus der von ihm beantragten Zwangsvollstreckung bewirkt keine sofortige Tilgung der Forderung. 32. — 3. Ist der Käufer verpflichtet, einen ihm vom Verkäufer zugesandten Ballen anzunehmen, in welchem sich außer den gekauften noch andere Waaren befinden? 221. — 4. Datio in solutum bei Errichtung einer Actiengesellschaft? 139.

C. Ort der Erfüllung. Erfüllungsort, Ablieferungsort. 142.

D. Zeit der Erfüllung; insbesondere von dem Verzuge. 1. Zur Regel: dies interpellat pro homine. 18. — 2. Die Kündigung an den Bürgen, der nicht die Einrede der Vorausklagung hat, genügt, um ihm gegenüber die Schuld fällig zu machen. 125. — 3. Kein Verzug des Käufers vor Anbietung der Waare am Ablieferungsort durch den Verkäufer. 17. — 4. Ungebührliche Verzögerung der vom Käufer zu leistenden Mitwirkung beim Ausscheiden der Waare begründet die Einrede des dolus gegen die Kauferfüllungsklage. 189.

IV. Entstehung der Obligationen.

Allgemeine Grundsätze von Verträgen.

A. Angebot. Perfection des Vertrages. 1. Unwirksamkeit eines Vertrages, wenn nicht in allen Theilen Einigung erzielt ist. 187. — 2. Bedeutung der Vereinbarung schriftlicher Abfassung eines mündlich abgeschlossenen Vertrags. 19. 258. — 3. Ist die im Eisenbahnbetriebsreglement vorgeschriebene Abstempelung des Frachtbriefs für den Abschluß des Frachtvertrags wesentlich? 144. — 4. Perfection des Lebensversicherungsvertrags. 293. — 5. Vertragsschluß unter Abwesenden; die Bestimmung des Art. 319 Abs. 1 des HGB. ist unanwendbar, wenn der Antragende eine Antwort nicht erwartet. 141. — 6. Gilt der Empfänger einer Waarensendung als Käufer der über die Bestellung hinaus gesandten Waaren, wenn er die Sendung ohne Untersuchung und vor erhaltener Kenntniß des Mehrinhalts weiter veräußert? 220. — 7. Liegt in der Anfrage, ob Jemand einen Wechsel von einem bestimmten Betrage für einen Dritten acceptiren werde, zugleich eine Annahme der demnächstigen Erklärung, daß ein Wechsel zu einem geringeren Betrage acceptirt werden solle? 112.

B. Gegenstand und causa der Verträge; insbesondere von Verträgen gegen gesetzliches Verbot und gute Sitte. 1. Verstellung der Ermittelung des Nettogewichts in das billige Ermessen des Käufers; reductio ad arbitr. boni viri. 20. — 2. Rechtsverbindlichkeit der Zusage lebenslänglicher Versorgung ohne Angabe des materiellen Schuldgrundes und des Maßes; richterliches Ermessen. 21. — 3. Anerkennung als Verpflichtungsgrund; acceptirtes Zahlungsversprechen für eine verjährte Schuldforderung. 269. — 4. Deckung von Kassendefecten durch einen Dritten in der Voraussetzung, daß die Verfolgung des Schuldigen unterbleibe; ist die Voraussetzung unsittlich? 45. — 5. Die Nichtigkeit der Verträge über Erbschaften eines noch lebenden Dritten bezieht sich auch auf Verträge über Vermächtnisse, gleichviel, ob schon eine letztwillige Verfügung des Dritten vorliegt oder nicht. 135. — 6. Zwangsvergleich im Concurse; nach früherem gemeinen Recht waren heimliche Nebenversprechungen Dritter an einzelne Gläubiger nicht unerlaubt. 171. — 7. Ungültigkeit auch solcher Verträge. 91.

C. Willensact bei Verträgen; Mängel der Willensbestimmung. S. oben ersten Abschn. Hauptst. 5 I.

D. Willenserklärung. S. das. II.

E. Auslegung der Schuldverträge. S. das. VII.

F. Gewähr physischer Mängel und angerühmter Eigenschaften. 1. Redhibition eines Paars Zugpferde, wenn nur das eine Thier fehlerhaft ist. 270. — 2. Verjährbarkeit der Einreden aus dem ädilitischen Edict. 1.

G. Wirkung der Schuldverträge unter den Contrahenten, Einrede des nicht erfüllten Contracts. 1. Einrede des dolus gegen die Klage auf Kauferfüllung, weil Käufer seine Mitwirkung beim Ausscheiden der Waare ungebührlich verzögerte. 189. — 2. Bedeutung und Wirkung unbeanstandeter Uebernahme von Bauwerken. 273. — 3. Einfluß nur theilweiser Ausführung bzw. theilweiser Unmöglichkeit der Ausführung der übernommenen Insertion einer Ankündigung in bestimmte Zeitungen. 30. — 4. Keine Einrede des nicht erfüllten Contracts gegen die Klage des einen Gesellschafters gegen den andern auf Rechnungslegung auf Grund der gleichen Verpflichtung des Klägers. 34.

H. Wirkung der Verträge auf Dritte. 1. Schenkung des gesammten Vermögens; ohne Schuldübernahme kein directes Klagerecht des Gläubigers des Schenkers gegen den Beschenkten. 36. — 2. Bewirkt die Uebernahme einer Firma mit allen Passiven die Haftung des Nachfolgers für die Geschäftsschulden des früheren Inhabers? 54. — 3. Gehört die Forderung aus einer nicht ausdrücklich zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Lebensversicherung, wenn die Police auf den Inhaber lautet, zum Nachlaß des Versicherten? 155.

V. Erlöschung der Obligationen.

A. Durch Erfüllung. 1. Zahlung nach dem Tode des Gläubigers in dessen Auftrage an einen Dritten liberirt den Schuldner, auch wenn die Zuwendung an den Dritten an sich ungültig ist. 119. — 2. Bei Genuskäufen gilt Zahlung gegen Aushändigung des Connossements nicht als Erfüllung, sondern als Vorschußzahlung. 287. — 3. Anweisung des Gläubigers auf den Erlös aus der von ihm beantragten Zwangsvollstreckung bewirkt keine sofortige Tilgung der Forderung. 32. — 4. Pflicht zur Ausstellung einer Quittung; Erfordernisse der letzteren. 22. — 5. Wann sind Quittungen als Dispositivacte anzusehen? 104.

B. Durch Unmöglichkeit der Erfüllung. 1. Befreiung von der Interessleistung durch Untergang der geschuldeten Sache; Beweislast. 111. — 2. Casuelle Unmöglichkeit der Leistung bei der Dienstmiethe. 192. — 3. Einfluß theilweiser Unmöglichkeit der übernommenen Insertion einer Ankündigung in bestimmte Zeitungen. 30.

C. Durch Compensation. 1. Compensation gegen eine nur theilweise eingeklagte Forderung. 188. — 2. Zulässigkeit der Compensation mit einer illiquiden Gegenforderung. 113. — 3. Der debitor cessus kann gegen den Cessionar nicht compensiren mit einer Forderung an den Cedenten aus einer nach der Denunciation auf Grund vorher übernommener Bürgschaft für denselben geleisteten Zahlung. 126.

D. Durch Remission. Wann sind Quittungen als Dispositivacte anzusehen? 104.

E. Andere Erlöschungsgründe. 1. Rücktritt von einem Leibgedingsvertrag wegen ungehöriger Erfüllung der übernommenen Verpflegung. 275. — 2. Keine Verwirkung der Hauptforderung wegen Verkaufs des retinirten Gegenstandes (Art. 315 des HGB.) ohne gerichtliche Klage. 62.

VI. Cession der Forderungen.

1. Erübrigt die Clausel, an jeden getreuen Inhaber der Obligation zahlen zu wollen, eine Cession? 268. 285. — 2. Kann der zahlende Bürge ohne Klagencession des Gläubigers Regreß gegen den Hauptschuldner nehmen? 126. — 3. Fingirte Cession an den Cessionsberechtigten? Besondere Anwendung auf den Fall, wenn der Mandatar in eigenem Namen eine Sache des Mandanten veräußerte. 23. — 4. Klage des Armenverbands aus § 62 des Reichsges. v. 6. Juni 1870 auf Ersatz gewährter und künftiger Unterstützungen gegen den aus dem Reichshaftpflichtgesetz zu einer Entschädigung an den Hülfsbedürftigen Verpflichteten. 114. — 5. Die im § 4 Ziff. 3 des Lohnbeschlagnahmeges. v. 21. Juni 1869 enthaltene Bestimmung kommt auch den Armenverbänden zugut, welche Familienglieder des Verpflichteten alimentirt haben. 88. — 6. Die Ueberweisung der gepfändeten Forderung an den Gläubiger zur Einziehung (§ 736 der CPO.) macht ihn nicht zum Gläubiger all

Stimmrecht im Concurse des Drittschuldners. 248. — 7. Denunciation durch den Cedenten. 271. — 8. Gültigkeit und Wirkung einer Cession dinglicher Ansprüche. 25. — 9. Mit der Cession einer Forderung sind auch die bis dahin aufgelaufenen Verzugszinsen cedirt. 272. — 10. Uebertragung der Forderung aus einem Ladeschein durch Cession. 26. — 11. Cession einer passiven Correalobligation nur in der Richtung gegen den einen correus debendi. 24. — 12. Pactum de non cedendo. 271.

VII. Klagen aus der Obligation.

S. oben ersten Abschn. Hauptst. 2 I. Ziff. 1—3.

Hauptstück 2. Einzelne Obligationen.

I. Obligationen aus Verträgen und vertragsartigen Verhältnissen.

A. Darlehn. Darlehn oder Gesellschaftsvertrag? 35.

B. Kauf. 1. Kauf oder verschleierte Verpfändung? 8. 99. 100. 101. — 2. Enthält der Verpfründungsvertrag ein Kaufgeschäft? 275. — 3. Gilt der Empfänger einer Waarensendung als Käufer der über die Bestellung hinaus gesandten Waare, wenn er die Sendung ohne Untersuchung und vor erhaltener Kenntniß des Mehrinhalts weiter veräußert? 220. — 4. Ist der Käufer zur Annahme eines Ballens verpflichtet, in welchem außer den gekauften noch andere Waaren enthalten sind? 221. — 5. Kein Verzug des Käufers vor Anbietung der Waare am Ablieferungsort durch den Verkäufer. 17. — 6. Einrede des dolus gegen den Käufer, welcher seine Mitwirkung beim Ausscheiden der Waare ungebührlich verzögerte. 189. — 7. Dolus des Verkäufers durch unwahre Anpreisungen über den Miethertrag des verkauften Hauses. 97. — 8. S. noch unten siebenten Abschn. Hauptst. 1 III. C Ziff. 2 (Actiengesellschaft).

C. Sachenmiethe und Pachtung. 1. Eisern-Viehvertrag; in wessen Eigenthum stehen die dem Pächter übergebenen und die von ihm ergänzten Inventarstücke? 116. — 2. Haftung des Miethers für Beschädigungen des Hauses in Folge von ihm unterlassener Benachrichtigung des Vermiethers von Mängeln. 27. — 3. Stillschweigender Verzicht auf die aus der Unbrauchbarkeit des Miethobjects sich ergebenden Einwendungen. 115. — 4. Rücktritt vom Miethvertrag wegen gefahrdrohender Beschaffenheit des Miethobjects; Beweislast. 118. — 5. Desgl. wegen Mängel der gemietheten Wohnung? 191. — 6. Uebergang der Rechte aus einem Jagdpachtvertrage auf die Erben eines Pächters gegen den Widerspruch des Mitpächters. 196. — 7. Voraussetzungen der relocatio tacita. 117. — 8. Dauer der reloc. tacita. 190. — 9. Collision des gesetzlichen Pfandrechts des Vermiethers mit dem Pfändungspfandrecht des § 709 der CPO. 251. — 10. S. oben zweiten Abschn. Hauptst. 4 Ziff. 8.

D. Dienstmiethe und Werkverdingung. 1. Casuelle Unmöglichkeit der Leistung bei der Dienstmiethe. 192. — 2. Klage des Unternehmers gegen den von der Werkverdingung zurückgetretenen Besteller auf Ersatz des Interesse; Beweislast bezüglich der Frage, ob Kläger seine Arbeitskraft anderweitig verwerthet habe. 28. — 3. Ueber Bedeutung und Wirkung unbeanstandeter Uebernahme von Bauwerken. 273. — 4. S. unten F Ziff. 2.

E. Gehaltsansprüche der Beamten. Recht des Staatsbeamten auf künftige Versorgung seiner Hinterbliebenen; Klagbarkeit bei Lebzeiten des Beamten. 29.

F. Führung fremder Geschäfte. Mandat. 1. Zur Actienzeichnung durch einen Bevollmächtigten ist keine schriftliche Vollmacht erforderlich. 212. — 2. Ist es Mandat oder Werkverdingung, wenn Jemand die Insertion einer Ankündigung in bestimmte Zeitungen gegen eine Einheitsgebühr übernimmt? Einfluß nur theilweiser Ausführung bzw. theilweiser Unmöglichkeit derselben. 30. — 3. Zahlung des Schuldners im Auftrage des Gläubigers nach dessen Tode an einen Dritten befreit den Schuldner, auch wenn die Zuwendung an den Dritten ungültig ist. 119. (Vgl. 194.) — 4. Pflicht des Mandatars,

die Vollmachtsurkunde nach erfolgtem Widerruf des Mandats zurückzugeben; einseitige Zurückbehaltung von Abschriften der Urkunde ist nicht gestattet. 193. — 5 Haftung des Principals für die Geschäfte eines Dritten, wenn er zuließ, daß derselbe sich als Handlungsbevollmächtigter gerirte. 55. — 6 Zahlung an den Handlungsgehülfen, den der Principal im Geschäftslocal Zahlungen empfangen und an die Kasse abführen ließ. 56. — 7. Veräußerung einer Sache des Mandanten durch den Mandatar in dessen eigenem Namen; fingirte Cession an den Cessionsberechtigten? 23. — 8. Haftung des Mandanten auch bei Etatsüberschreitungen des Mandatars. 31. — 9. Wirkung der nachträglichen Bekanntgabe des Vertretenen an den dritten Contrahenten. 120. — 10. Ungültigkeit des von dem Mandatar arglistig zum Nachtheil des Mandanten abgeschlossenen Geschäfts auch gegenüber dem Dritten, der an der Gefährde theilgenommen hat. 98. — 11. Gültigkeit der Actienzeichnung eines Bevollmächtigten mit dem Namen des Vollmachtgebers. 213. (Vgl. 219.) — 12. Kann der Correspondentrheder (Procurist) von Dritten zur Proceßvertretung gezwungen werden? 79. — 13. Widerruflichkeit des Vollmachtvertrags. 193. — 14. Fortdauer des Mandats nach dem Tode des Mandanten? 194. (Vgl. 119.) — 15. Anweisung des Gläubigers auf den Erlös der von ihm beantragten Zwangsvollstreckung bewirkt keine sofortige Tilgung der Forderung. 32. — 16. Die Ueberweisung der gepfändeten Forderung an den Gläubiger zur Einziehung (§ 736 der CPO.) macht denselben nicht zum Gläubiger des Drittschuldners mit Stimmrecht in dessen Concurse. 248.

G. Geschäftsführung. Negotiorum gestio. Versio in rem. 1. Ist es negotiorum gestio, wenn Jemand ohne Auftrag für einen Andern ein Lotterieloos kauft in der Erwartung, daß derselbe ihm das Loos abnehmen werde? 121. — 2. Geschäftsführung in Erfüllung der Alimentationspflicht des Ehemanns gegen dessen Verbot. 33. — 3. Versio in rem bei einer Etatsüberschreitung des Mandatars. 31. — 4. Nachforderung verlegten Zolls durch den Frachtführer; nützliche Verwendung? 143.

H. Führung fremder Geschäfte. Verbindlichkeit zur Rechnungsablage. 1. Umfang der Verpflichtung des Verwalters fremden Vermögens, die Schuldner nachzuweisen, an welche Kapitalien ausgeliehen sind. 274. — 2. Die Manifestationspflicht im Verhältniß zur Collationspflicht; der sog. Collationseid. 51. — 3. Anspruch des tantièmeberechtigten Agenten gegen den Principal auf Rechnungsablage. 195. — 4. Der Klage des einen Gesellschafters gegen den andern auf Rechnungslegung steht nicht die aus der gleichen Verpflichtung des Klägers entnommene Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegen. 34. — 5. Der Anspruch des geschäftsführenden Gesellschafters gegen die übrigen auf Ersatz von Auslagen setzt vorgängige Rechnungslegung voraus. 122. — 6. Mit der nach Art. 270 des HGB. gegen den geschäftsführenden Theilhaber statthaften Klage auf Rechnungslegung kann nicht die Feststellung streitiger materieller Rechtsverhältnisse erlangt werden, welche alle Theilhaber betreffen. 123.

J. Obligationen aus der Rechtsgemeinschaft. Gesellschaft. Communio incidens. 1. Gesellschaftsvertrag oder Darlehn? 35. — 2. Voraussetzungen für die Annahme einer stillen Gesellschaft. 215. — 3. Mitpacht einer Jagd; können die Erben des verstorbenen Pächters eintreten gegen den Widerspruch des Mitpächters? 196 — 4. Theilungsklage; der Richter hat die Art der Theilung zu bestimmen. 124. — 5. S. vorstehend H Ziff. 3—6.

K. Schenkung. 1. Natur des Leibgedingsvertrags. Statthaftigkeit des Rücktritts von einer Abtretung des ganzen Vermögens wegen ungehöriger Erfüllung des damit verbundenen Verpflegungsvertrages. 275. — 2. Schenkung des gesammten Vermögens; ohne Schuldübernahme kein directes Klagrecht der Gläubiger des Schenkgebers gegen den Schenknehmer. 36. — 3. Heutiger Werth der zur Insinuation der Schenkung erforderlichen 500 solidi. 37.

L. Verträge zur Schlichtung zweifelhafter Rechtsverhältnisse. Vergleich. Begriff des Vergleichs. 38.

M. Interceſſion. Bürgſchaft. 1. Inwiefern iſt in der Zuſage, dafür ſorgen zu wollen, daß ein Dritter ſeinen Verbindlichkeiten prompt nachkomme, eine Bürgſchaftsübernahme zu finden? 39. — 2. Wann iſt die Bürgſchaft als Handelsgeſchäft zu behandeln? 217. 219. — 3. Anfechtung der einem Vorſchußverein geleiſteten Bürgſchaft wegen ſtatutenwidrigen Handelns des Vereinsvorſtands, bzw. wegen Nachläſſigkeit in der Beitreibung vom Hauptſchuldner. 40. — 4. Die Kündigung an den Bürgen, dem die Einrede der Vorausklage nicht zuſteht, genügt, um ihm gegenüber die Schuld fällig zu machen. 125. — 5. Das benef. ced. act. des Bürgen erſtreckt ſich auch auf die dem Gläubiger beſtellten Sicherheiten, vorausgeſetzt, daß nicht der Gläubiger durch deren Ceſſion Schaden erleidet. 197. — 6. Kann der zahlende Bürge auch ohne Klagenceſſion Regreß gegen den Hauptſchuldner nehmen? Keine Compenſation des debitor cessus gegen den Ceſſionar mit einer Forderung an den Cedenten aus einer für denſelben auf Grund vorher übernommener Bürgſchaft nach der Denuntiation geleiſteten Zahlung. 126.

N. Constitutum debiti proprii. Anerkennung einer verjährten Forderung. 269.

O. Modificirende Nebenverträge. Wirkung des Eigenthumsvorbehalts an einer universitas rerum. 127.

II. Obligationen aus Vergehen und andern unerlaubten Handlungen.

A. Furtum. Cond. furtiva wegen Eintreibung einer Wechſelforderung, deren materieller Ungrund dem Gläubiger bekannt war. 236.

B. Damnum iniuria datum. 1. Haftung desjenigen, in deſſen Beſitz irrthümlich fremde Sachen gekommen ſind, für die Beſchädigung des Eigenthümers durch widerrechtliche Verfügung über dieſelben. 276. — 2. Ueber die Entſchädigungsanſprüche der Angehörigen bei einer widerrechtlichen Tödtung. 198. — 3. S. nachſtehend unter III. A (RHPflGeſ.) und ſiebenten Abſchn. Hauptſt. 3 I. Ziff. 2. 3. 4 (Gewerbeordnung).

C. Gewaltſame oder verheimlichte Veränderung mit Grundſtücken. 1. Der durch Wegnahme von Zubehörungen eines beſchlagnahmten Grundſtücks Beſchädigte kann mit dem interd. quod vi aut clam Wiederherſtellung beanſpruchen. 128. — 2. Ueber den gerichtlichen Schutz von Privatanlagen auf dem Verkehr entzogenen Grundſtücken; interd. quod vi aut clam; exceptio: quod tu vi aut clam feceris. 5.

D. Widerrechtliche Veränderungen des Waſſerlaufs. Jede künſtliche Aenderung des natürlichen Ablaufs des Regenwaſſers und dadurch bewirkte ſchädigende Immiſſion desſelben auf ein Nachbargebäude iſt rechtswidrig. 183.

E. Interdicte zum Schutz des Gebrauchs öffentlicher Sachen. 1. S. vorſtehend C Ziff. 2. — 2. Ueber die heutige Anwendbarkeit der populären und ſonſtigen römiſchrechtlichen Interdicte zum Schutz des Gebrauchs öffentlicher Sachen. Es genügt factiſcher usus publicus. Legitimation des von der Störung Betroffenen zur Anſtellung des Interdicts aus fr. 2 § 45 ne quid in loco publ. 43, 8. 199. — 3. Ueber die heutige Zuläſſigkeit von Popularklagen, insbeſondere des interd. ne quid in loco publ. mit Bezug auf Veränderungen öffentlicher Wege durch die zuſtändige Behörde. 95. — 4. Hat der Anlieger einer Straße wegen Verwandlung derſelben in eine Sackgaſſe eine Klage gegen die Gemeinde auf Wiederherſtellung und Schadenserſatz? 277.

F. Doloſe Handlungen. 1. Paulianiſches Rechtsmittel ſ. unten Civilproceß Hauptſt. 5 I. A Ziff. 1—4. — 2. S. oben erſten Abſchn. Hauptſt 5 I. Ziff. 1—5 (Betrug als Mangel der Willensbeſtimmung).

III. Vermischte Fälle der Obligation.

A. Obligationen aus dem Reichshaftpflichtgesetz. 1. (§ 1.) Zum Begriff der höheren Gewalt. 180. — 2. (§ 2.) Zum Begriff des Fabrikbetriebs. 129. — 3. Zum Begriff des Bevollmächtigten; der Bergwerksunternehmer haftet nicht für das Verschulden eines zur Aufnahme eines Specialrisses angenommenen Markscheiders. 41. — 4. Der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft als Bevollmächtigter oder Repräsentant der Gesellschaft. 200. — 5. (§ 3.) Anrechnung von Unterstützungen, die nach dem Unfall gezahlt sind, auf die Entschädigung. 42. — 6. (§ 4.) Die Mitleistung des Betriebsunternehmers an die Kasse muß eine dauernde gewesen sein. 43. — 7. (§ 7.) Sistirung der Rente im Fall einer Haftstrafe des Verletzten. 44. — 8. Das Urtheil auf Zahlung der Rente wird rechtskräftig bezüglich der Haftpflicht selbst. Weitergewährung einer nur auf Zeit zugesprochenen Rente. 130. — 9. (§ 8.) Verjährung des Anspruchs aus einem Unfall, der vor Erlaß des Gesetzes erfolgte, dessen Folgen aber erst später hervortraten. 201. — 10. Klage des Armenverbands gegen den Entschädigungsverpflichteten. 114. — 11. Vgl. unten siebenten Abschn. Hauptst. 3 unter I. Ziff. 2. 3. 4 (betr. Verletzungen des § 120 der Gewerbenovelle vom 17. Juli 1878).

B. Obligationen aus der Bereicherung auf Kosten eines Andern. 1. Condictio causa data causa non secuta, wenn die Voraussetzung, daß der Schuldige nicht verfolgt werde, unter welcher der Kassendefect eines Dritten gedeckt wurde, nicht eintritt. 45. — 2. Klage auf Ersatz der von dem bösgläubigen Besitzer gezogenen Früchte ohne gleichzeitige Vindication des Grundstücks. 131. — 3. Condictio furtiva wegen Eintreibung einer, wie dem Gläubiger bekannt, materiell unbegründeten Wechselforderung. 236. — 4. Widerklage des Acceptanten gegen den Wechselinhaber auf Rückgabe der Wechselsumme, wegen Nichtvorhandenseins eines Begebungsvertrags. 72.

C. Obligationen aus Expropriationen und Straßenbauten. 1. Hat der Anlieger einer Straße wegen Verwandlung derselben in eine Sackgasse eine Klage gegen die Gemeinde auf Wiederherstellung und Schadensersatz? 277. — 2. Maßgebender Zeitpunct für die Werthsabschätzung bei Expropriationen. 202.

D. Obligationen aus Staatsverhältnissen. Das Recht des Staatsbeamten auf Versorgung seiner Hinterbliebenen; Klagbarkeit zu Lebzeiten des Beamten. 29.

Vierter Abschnitt.

Von den Familienrechten.

Hauptstück 1. Von der Ehe.

I. Eingehung der Ehe. 1. Mißheirath zwischen einem Mann vom hohen Adel und einer Frau aus dem Bürgerstande. 93. — 2. Beweislast bei einer auf Nichterklärung einer zweiten Ehe wegen Fortbestands der ersten Ehe gerichteten Klage. 276.

II. Ehescheidung. 1. Wegen Verbrechens und dafür erkannter Freiheitsstrafe nach protestantischem Recht. 46. — 2. Wegen unzüchtiger Handlungen und falscher Anschuldigung. 279.

III. Eheliche Vermögensrechte. 1. Alimentationspflicht des Mannes; Geschäftsführung durch Erfüllung derselben wider Verbot. 33. — 2. Rangverhältniß der älteren Dotalhypothek der Ehefrau des neuen Erwerbers und der reservirten Kaufgeldhypothek. 186. — 3. Eine nachträgliche Illation vorbehaltenen Vermögens liegt noch nicht in der bloßen Ueberlassung desselben an den Mann. Unter welchen Voraussetzungen kann die Frau während bestehender Ehe ihre Illaten zurückfordern? 280. — 4. S. unten Hauptst. 11.

Ziff. 2. 3. — 5. Vermögensstrafen wegen verschuldeter Ehescheidung; insbesondere in bäuerlichen (Meier-) Verhältnissen. 47.

Hauptstück 2. Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

I. Ueber Erziehung und Ausstattung der Kinder. 1. Aus welchen Gründen kann (abgesehen von der Ehescheidung) dem Vater die Erziehung genommen werden? Streitigkeiten zwischen Privaten darüber, wem die Erziehung zu übertragen sei, sind vom Proceßrichter, nicht von der Obervormundschaft zu entscheiden. 203. — 2. Vererblichkeit des Rechts, von den Eltern die Bestellung eines Heirathsguts zu verlangen. 48. — 3. Geltendmachung der Ausstattungsforderung gegen den überlebenden parens durch den Ehemann der ausstattungsberechtigten Tochter. 132.

II. Väterliche Gewalt. Legitimation durch nachfolgende Ehe; Beweisfragen. 174.

Hauptstück 3. Von der Vormundschaft.

Vormundschaft über Wahnsinnige. Kann der Curator eines wahnsinnigen Volljährigen eine diesem angebotene Erbschaft durch Antretung definitiv erwerben? 204.

Fünfter Abschnitt.

Das Erbrecht.

Hauptstück 1. Delation der Erbschaft.

I. Testamentarische Erbfolge. 1. Erbeseinsetzung zum Schein folgt noch nicht daraus, daß der Erbe nicht die Quart oder noch weniger erhalten soll. 133. — 2. Erbeseinsetzung ex re certa oder nach Quoten mit nachfolgender Vertheilung des Activvermögens? 49. — 3. Testamentsauslegung; Frage, ob in dem Testament die Errichtung eines Familienfideicommisses gefunden werden kann? 136. — 4. Protest des Testamentserben gegen die von Amts wegen verfügte Bekanntmachung eines wechselseitigen Testaments an die eventuellen Erben und Vermächtnißnehmer. 50. — 5. Remotion des Testamentsvollstreckers; ist dazu Einstimmigkeit der Miterben erforderlich? 281.

II. Erbfolge aus Verträgen. 1. Rechtswirksamkeit des vertragsmäßigen Verzichts auf das Notherbrecht vor dem Tode des Erblassers auch ohne besondere Acceptation. 134. — 2. Die Nichtigkeit der Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten bezieht sich auch auf Verträge über Vermächtnisse, gleichviel, ob derzeit schon eine letztwillige Verfügung des Dritten vorliegt oder nicht. 135.

Hauptstück 2. Vom Erwerb und Verlust der Erbschaft.

Ruhende Erbschaft. Erwerb der Erbschaft. Miterben. Collation. 1. Gehört die Forderung auf die Versicherungssumme aus einer nicht ausdrücklich zu Gunsten eines Dritten abgeschlossenen Lebensversicherung, wenn die Police auf den Inhaber lautet, zum Nachlaß des Versicherten? 155. — 2. Kann der Curator eines wahnsinnigen Volljährigen eine diesem angebotene Erbschaft durch Antretung definitiv erwerben? Accrescenzrecht der Miterben, wenn der Wahnsinnige vor Erwerb der Erbschaft stirbt. 204. — 3 Ueber das Recht der Erbschaftsgläubiger, von dem zu einem Nachlaß Berufenen eine Erklärung über den Antritt zu fordern, insbesondere über die processuale Geltendmachung desselben. 205. — 4. Die Manifestationspflicht im Verhältniß zur Collationspflicht; sog. Collationseid. 51.

Hauptstück 3. Codicille. Vermächtnisse.

1. Beim Legat einer verpfändeten Sache hat im Zweifel der Erbe, nicht der Legatar die Pfandschuld zu übernehmen. 206. — 2. S. vorstehend Hauptst. 1 II. Ziff. 2. — 3. Der Gerichtsstand der Erbschaft bei Klagen aus Vermächtnissen gilt auch für die Erben des Beschwerten. 235.

Hauptstück 4. Notherben- und Pflichttheilsrecht.

1. Gültigkeit des vertragsmäßigen Verzichts auf das Notherbenrecht vor dem Tode des Erblassers auch ohne Acceptation des Verzichts. 134. — 2. Querela inoff. don. zur Anfechtung der Schenkung einer Lebensversicherungspolice. 155.

Sechster Abschnitt.

Von besonderen deutschrechtlichen Güterverhältnissen.

Hauptstück 1. Von den verschiedenen Arten der Güter.

1. Testamentsauslegung; Frage, ob in dem Testament die Errichtung eines Familienfideicommisses gefunden werden kann? 136. — 2. Meierrecht. Vermögensstrafen wegen verschuldeter Ehescheidung. 47. — 3. Kann eine Realgerechtigkeit (insbesondere Leibzucht) durch bloßen Vertrag begründet werden? Die als Reallast constituirte Leibzucht erfordert eine Anknüpfung der Verpflichtung an das frühere Gut des Leibzüchters. 207. — 4. Natur des Leibgedings- (Verpfründungs-) Vertrags. Rücktritt wegen ungehöriger Erfüllung der übernommenen Verpflegung. 275. — 5. Retentionsrecht an Mobilien, die in Folge Leibgedingsvertrags in die Wohnung des Beklagten gebracht sind. 2. — 6. Das Fruchtzinsrecht bezieht sich im Zweifel auf Leistung von im Zinsjahr auf dem pflichtigen Gut gezogenen Früchten. 52.

Hauptstück 2. Von besonderen dinglichen Rechten, Lasten und Eigenthumsbeschränkungen.

1. Realgerechtigkeit ohne herrschendes Grundstück 108. — 2. S. vorstehend Hauptst. 1 Ziff. 3. 6. — 3. Jagdpachtvertrag. Uebergang auf die Erben eines Pächters gegen den Widerspruch des Mitpächters. 196 — 4. Zur Kirchenbaupflicht des Zehntberechtigten. 137.

Siebenter Abschnitt.

Handels- und Wechselrecht. Gewerberecht. Versicherung. Papiere auf Inhaber.

Hauptstück 1. Handelsrecht.

I. Handelsusancen. 1. Handelsusance ist nicht immer Gewohnheitsrecht. 173. — 2. Substantiirung und Berechtigung von localen Handelsusancen; insbesondere bezüglich der Verkaufsformen nach Art. 343 des HGB. 53.

II. Vom Handelsstande. 1. Pianofortefabrikant als Kaufmann. 138. — 2. Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit keine Handelsgesellschaften. 216. — 3. Voraussetzung der Berechtigung zur Führung einer handelsrechtlichen Firma ist der Betrieb eines kaufmännischen Geschäfts. 282. — 4. Wird der Rechtsnachfolger einer Firma durch Uebernahme des Geschäfts mit allen Passiven für die Geschäftsschulden des früheren In-

habers verhaftet? 54. — 5. Die Vorlegung der Handelsbücher kann auch dann begehrt werden, wenn nur ein einseitiges Handelsgeschäft vorliegt. 208. — 6. Kann der Procurist (Correspondentreheder) von Dritten zur Proceßvertretung der Firma (Rhederei) gezwungen werden? 79. — 7. Anspruch des tantièmeberechtigten Agenten gegen den Principal auf Rechnungsablage. 195. — 8. Stillschweigende Bestellung zum Handlungsbevollmächtigten. 55. — 9. Stillschweigende Ermächtigung des Handlungsgehülfen zur Empfangnahme von Zahlungen durch die Zulassung, daß derselbe im Geschäftslocal Zahlungen annimmt und an die Kasse abführt. 56. — 10. Durch vertragsmäßige Abänderung der 6wöchentlichen Kündigungsfrist (Art. 61) wird nicht die Bestimmung geändert, daß das Dienstverhältniß nur mit Ablauf des Kalenderquartals aufgehoben werden kann. 283. — 11. Auflösung des Lehrvertrags wegen Verwendung des Lehrlings zu mechanischen Arbeiten? 209.

III. Von den Handelsgesellschaften.

A. Offene Handelsgesellschaft. 1. Inwieweit wird der Gesellschafter, welcher aus der Gesellschaftskasse Gelder für sich entnimmt, Schuldner der Gesellschaft? 284. — 2. Ein gegen die Gesellschaft ergangenes Erkenntniß ist nicht vollstreckbar gegen den Gesellschafter, welcher bei Auflösung der Gesellschaft deren Activen und Passiven übernommen hat. 57. — 3. Die Liquidation ist keine nothwendige Folge der Auflösung. 210. — 4. Klagrecht des einen Gesellschafters gegen den andern wegen für die Gesellschaft übernommener Verpflichtungen, während schwebender Liquidation? 211.

B. Commanditgesellschaft auf Actien. 1. Die Actienzeichnung durch einen Bevollmächtigten erfordert keine schriftliche Vollmacht. 212. — 2. Gültigkeit der Actienzeichnung eines Bevollmächtigten mit dem Namen des Vollmachtgebers. 213. — 3. Durch die mit seinem Willen geschehene Eintragung ins Actienbuch wird der Erwerber der Namenactie der Gesellschaft gegenüber zur Vollzahlung der Actie verpflichtet. 214.

C. Actiengesellschaft. 1. S. vorstehend B Ziff. 1. 2. — 2. Welches Rechtsgeschäft wird geschlossen, wenn bei der Gründung einer Actiengesellschaft die Einlagen von einzelnen Actionären nicht in baarem Gelde, sondern in andern Vermögensgegenständen gemacht werden? Liegt neben dem Gesellschaftsvertrage Kauf oder Hingabe an Zahlungsstatt vor? 139. — 3. S. vorstehend B Ziff. 3.

D. Stille Gesellschaft und Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung. 1. Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit sind keine Handelsgesellschaften. 216. — 2. Mit der nach Art. 270 gegen den geschäftsführenden Theilhaber statthaften Klage auf Rechnungslegung kann die Feststellung streitiger materieller Rechtsverhältnisse, welche alle Theilhaber betreffen, nicht erlangt werden. 123.

IV. Von den Handelsgeschäften.

A. Im Allgemeinen. 1. Pianofortefabrikant als Kaufmann. 138. — 2. Anschaffung von Rahmen ꝛc. für herzustellende Photographieen ist kein Handelsgeschäft. 140. — 3. Versicherungen der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit sind keine Handelsgeschäfte. 216. — 4. Vermittelung eines Grundstückskaufs als Handelsgeschäft 58. — 5. Das Engagement eines Gehülfen zur Unterstützung bei Besorgung der Geschäfte eines Einkaufsvereins ist nicht deshalb Handelsgeschäft, weil der Principal zugleich selbständiger Kaufmann ist. 59. — 6. Wann ist die Bürgschaft als Handelsgeschäft zu behandeln. 217. 219. — 7. Zinscoupons auf Inhaber unterliegen dem Verbot des Anatocismus. 294. — 8. Kann der Retinent Lagergeld beanspruchen? 63. — 9. Contocurrent. Begriff. Stillschweigende Anerkennung eines Saldo durch neues, vorbehaltloses Creditbegehren nach Empfang der Abrechnung. 60. — 10. Wird ein kaufmännischer Verpflichtungsschein durch die Clausel der Zahlung an den sonstigen „getreuen Inhaber“ zum Orderpapier? 285. Vgl. 268. — 11. Gestohlen und verloren i. S. des Art. 306 sind überhaupt solche Sachen, deren Gewahrsam Jemand wider seinen Willen und ohne

sein Zuthun verliert. 61. — 12. Das Gericht kann bei Bewilligung des Pfandverkaufs nach Art. 310 dem beantragenden Gläubiger den Verkaufsmodus überlassen. 218. — 13. Kaufmännisches Retentionsrecht; s. oben Ziff. 8. — 14. Desgl.; Stellung desselben im Concurse des Schuldners. 64. — 15. Desgl. an einer Lebensversicherungspolice; es erlischt nicht durch Zahlung der Versicherungssumme zum gerichtlichen Depositum und unter Vorbehalt der Gläubigerrechte erfolgte Herausgabe der Police an die Versicherungsgesellschaft. 286. — 16. Desgl.; Verkauf des retinirten Gegenstandes ohne gerichtliche Klage zieht nicht den Verlust der Hauptforderung nach sich. 62. — 17. Findet die Formfreiheit auch auf die Uebernahme einer Bürgschaft für eine aus einem Handelsgeschäft herrührende Forderung Anwendung, wenn die Bürgschaftsübernahme selbst nicht als Handelsgeschäft anzusehen ist? 219. — 18. Vertragsschluß unter Abwesenden; die Bestimmung des Art. 319 Abs. 1 ist unanwendbar, wenn der Antragende keine Antwort erwartet. 141. — 19. Gilt der Empfänger einer Waarensendung als Käufer der über die Bestellung hinaus gesandten Waaren, wenn er die Sendung ohne Untersuchung und Kenntniß ihres Mehrinhalts weiter veräußert? 220. — 20. Ist der Käufer verpflichtet, einen Ballen anzunehmen, in welchem sich außer den gekauften noch andere Waaren befinden? 221. — 21. Erfüllungsort; Ablieferungsort. 142.

B. Kauf. 1. Die bei Genuskäufen gegen Aushändigung des Connossements erfolgte Zahlung gilt als Vorschußzahlung, nicht als Erfüllung des Käufers. 287. — 2. Voraussetzungen der Verkaufsselbsthülfe des Käufers der beanstandeten Waare. 288. — 3. Art. 343. Substantiirung und Berechtigung localer Usancen bezüglich der Verkaufsformen. 53. — 4. Vgl. oben A Ziff. 19. 20. — 5. Art. 347. Beschaffenheit der Mängelanzeige beim Kauf nach Probe. 65. — 6. Art. 349. Enthält die Garantirung der Fehlerfreiheit für einen längern Zeitraum eine Erstreckung der Rügefrist? 222. — 7. Kein Verzug des Käufers vor Anbietung der Waare am Ablieferungsort durch den Verkäufer. 17. — 8. Verzug des Käufers durch Verzögerung seiner Mitwirkung beim Ausscheiden der Waare. 189. — 9. Die nach Art. 356 erforderliche Anzeige kann dem säumigen Contrahenten noch in der Klage gemacht werden. 223.

C. Commissionsgeschäft. 1. Uebernahme der Insertion einer Ankündigung in bestimmte Zeitungen gegen eine Einheitsgebühr für jede Insertion; Natur des Geschäfts. 30. — 2. Zu welchem Börsenpreise darf der Commissionär als Selbstcontrahent eintreten? 66. — 3. Eintritt des Commissionärs als Selbstcontrahent. Was ist unter den Börsenpreisen zur Zeit der Ausführung des Auftrags (Art. 376 Abs. 2) zu verstehen? 67.

D. Frachtgeschäft. 1. Der Frachtführer ist nicht verpflichtet, statt Schadenersatz für das beschädigte Frachtgut zu leisten, dieses gegen Ersatz des vollen Werths zu übernehmen. 224. — 2. Begriff der böslichen Handlungsweise i. S. der Art. 396 und 427. 68. — 3. Nachforderung verlegten Zolls durch den Frachtführer; Begründung dieses Anspruchs aus nützlicher Verwendung. 143. — 4. Uebertragung der Forderung aus einem Ladeschein durch Cession. 26. — 5. Das Rechtsverhältniß zwischen Frachtführer und Empfänger bestimmt sich auch dann nach dem Ladeschein, wenn die Ablieferung auf Grund des für den Frachtführer bestimmten Duplicats erfolgt. 289. — 6. Ist die im Eisenbahn-Betriebsreglement vorgeschriebene Abstempelung des Frachtbriefs für den Abschluß des Frachtvertrags wesentlich? 144.

V. Vom Seehandel. 1. Correspondentreder. S. vorstehend II. Ziff. 6. — 2. Berechnung des Beginns der Ueberliegezeit. 225. — 3. Ist Fracht, und wenn zu zahlen, wenn die Güter im Nothhafen wegen Seebeschädigung verkauft werden? Bedeutung der in den Art. 618 und 635 gedachten Güter, welche durch Unfall oder Zufall verloren gegangen sind. 69. — 4. Connossement. S. vorstehend IV. B Ziff. 1. — 5. Welche Bedeutung hat das von einem Andern als dem Schiffer ausgestellte Connossement? 145. — 6. Der Begriff der großen Haverei wird nicht dadurch

geschlossen, daß die Schäden vor Antritt der Reise oder vor Vollendung der Abladung eintraten. 70. — 7. Gehören Beschädigungen an Schiff oder Ladung durch Löschwasser, und zwar auch die an schon angebrannten Gegenständen, zur großen Haverei? 71. — 8. Ist der Anspruch auf Hülfslohn im Fall einer gemäß § 1 der Verordnung vom 15. Aug. 1876 nach einem Zusammenstoß von Schiffen auf See geleisteten Hülfe ausgeschlossen? 226.

Hauptstück 2. Wechselrecht.

I. Indossament (Art. 9—17). 1. Nichtvorhandensein eines Begebungsvertrags beim Blancoindossament berechtigt zur Widerklage des Acceptanten gegen den Wechselinhaber auf Rückgabe der Wechselsumme. 72. — 2. Ein vor dem Protest ausgestelltes Blancoindossament kann nicht zur Legitimation für den Erwerber des Wechsels nach Verfall benutzt werden. 146. — 3. Wer auf einem laufenden Wechsel zuerst als Indossatar und dann als Indossant geschrieben steht, ist trotz Besitzes des Wechsels nicht zur Geltendmachung der Inhaberrechte befugt. 148.

II. Accept (Art 21—24). 1. Ein mit der Unterschrift des Ausstellers versehenes Blancoaccept verliert durch eigenmächtige Aenderung des Namens des Ausstellers die Gültigkeit. 227. — 2. Der Nehmer eines Blancoaccepts ist nicht zur Domicilirung des Wechsels berechtigt. 290. — 3. Von welchem Zeitpunct an ist die aus einem Blancoaccept herrührende Forderung als begründet anzusehen? 147.

III. Erfüllung der Wechselverbindlichkeit (Art. 30—40). 1. Vgl. nachstehend unter X. — 2. Verpflichtung des zahlenden Trassaten zur Prüfung der Legitimation des Präsentanten. Vindication des an einen Unberechtigten bezahlten Wechsels. Verhältniß der Art. 36 und Art. 74 zu einander. 73. — 3. S. vorstehend I. Ziff. 1. 3. — 4. Auch die Aushändigung des unquittirten Wechsels liefert den Beweis der Zahlung. 74.

IV. Regreß mangels Zahlung (Art. 41—55). Präsentation und Protestirung eines domicilirten Wechsels an dem inzwischen veränderten Wohnort des Domiciliaten ist unwirksam. 75.

V. Abhanden gekommene Wechsel (Art. 73. 74). Vindication des an einen Unberechtigten bezahlten Wechsels; Verhältniß der Art. 74 und 36 zu einander. 73.

VI. Falsche Wechsel (Art. 75. 76). Ob eine Aenderung des Wechsels oder Wechselformulars, speciell die Ausfüllung des Blanketts mit einer höheren als der verabredeten Summe, als Wechselfälschung zu behandeln sei, ist nach wechselrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen. 291.

VII. Klagerecht des Wechselgläubigers (Art. 81—83). 1. S. vorstehend I. Ziff. 1 und VI. — 2. Zum Begriff der Bereicherung des Acceptanten i. S. des Art. 83 der WO. 76.

VIII. Protest (Art. 87—90). 1. Erfordernisse des Wechselprotests nach Art. 88 Ziff. 3 der WO. 228. — 2. S. nachstehend IX. Ziff. 1.

IX. Ort und Zeit für den Protest ꝛc. (Art 91—93). 1. Muß der in der Wohnung des Bezogenen aufgenommene Protest die Bemerkung enthalten, daß ein Geschäftslocal desselben nicht vorhanden sei? 292. — 2. Erhebung des Wechselprotests im Geschäftslocal oder der Wohnung des Gemeinschuldners? 77.

X. Von eigenen Wechseln (Art. 96—100). Bedarf es dem Aussteller eines eigenen Sichtwechsels gegenüber der Einhaltung der 2jährigen Präsentationsfrist? 229.

Hauptstück 3. Gewerberecht. Versicherung. Papiere auf Inhaber.

I. Gewerberecht. 1. Auflösung eines Lehrvertrags wegen Verwendung des Lehrlings zu mechanischen Arbeiten? 209. — 2. Gewerbeordnung § 107, Novelle vom 17. Juli 1878 § 120 Abs. 3. Der Unternehmer haftet für eine Vernachlässigung in der

Ueberwachung der gehörigen Beschaffenheit seiner zum Schutz der Arbeiter dienenden Einrichtungen. 150. — 3. Haftet der Unternehmer ohne Weiteres für den Schaden, wenn er es unterließ, für die gehörige Benutzung der zur Sicherung der Arbeiter an sich genügenden Einrichtungen zu sorgen? 149. — 4. Der Fabrikant ist nicht verpflichtet zur Verwendung eines den Arbeiter nicht gefährdenden Materials für sein Fabrikat. 151. — 5. Gewerbeordnung § 108 (Novelle vom 17. Juli 1878 § 120a). Die Anrufung der Gemeindebehörden vor Betretung des Rechtsweges ist obligatorisch, aber durch das Bestehen einer zuständigen Gemeindebehörde bedingt. 152. — 6. Anwendbarkeit des § 120a der Gewerbenovelle vom 17. Juli 1878 auf Streitigkeiten über Rückgabe der von Gewerbegehülfen bestellten Caution; Präjudicialeinrede gegen die Klage des Drittbestellers der Caution. 230. — 7. Patentgesetz vom 25. Mai 1877 § 2. Neuheit der Erfindung und Begriff der Offenkundigkeit der Benutzung. 153. — 8. Ueber die Legitimation zur Beantragung der Nichtigerklärung eines Patents aus § 10 Nr. 1 des Patentgesetzes. 154.

II. Versicherung. 1. Rechtliche Natur und Perfection eines Lebensversicherungsvertrags. Unverschuldete Unterlassung der Prämienzahlung. 293. — 2. Gehört die Forderung auf die Versicherungssumme aus einer nicht ausdrücklich zu Gunsten eines Dritten abgeschlossenen Lebensversicherung, wenn die Police auf den Inhaber lautet, zum Nachlaß des Versicherten? Querela inoff. don. wegen Schenkung solcher Police. 155. — 3. Kaufmännische Retention an einer Lebensversicherungspolice. 286. — 4. Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit sind keine Handelsgesellschaften, ihre Versicherungen keine Handelsgeschäfte. 216. — 5. Der Gerichtsstand des § 23 der CPO. findet auch Anwendung auf Klagen von Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit gegen ihre jetzigen und früheren Mitglieder auf Prämienzahlung. 296. — 6. Kann der ausgetretene Genosse einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit zu Nachschüssen für später eingetretene Schäden angehalten werden? 4.

III. Papiere auf Inhaber. 1. Sparkassenbücher als Inhaberpapiere, zum Unterschied von Legitimationspapieren. 78. — 2. Bedeutung der Clausel in Obligationen (bzw. kaufmännischen Verpflichtungsscheinen), an jeden getreuen Inhaber zahlen zu wollen. 268. 285. — 3. Rechtliche Natur der Zinscoupons auf Inhaber; sie unterliegen dem Verbot des Anatocismus. 294. — 4. Gehört die Forderung aus einer auf den Inhaber lautenden Lebensversicherungspolice zum Nachlaß des Versicherungsnehmers? 155.

II. Civilproceß.

Hauptstück 1. Collision von Proceßgesetzen.

Revision wegen Verletzung der Grundsätze über Statutencollision. 86.

Hauptstück 2. Vom Gegenstand des Rechtsstreits.

I. Begrenzung der Civilproceßsachen. 1. Streitigkeiten zwischen Privaten über die Frage, wem die Erziehung zu übertragen, sind vom Proceßgericht, nicht von der Obervormundschaft zu entscheiden. 203. — 2. Processuale Geltendmachung des Rechts der Erbschaftsgläubiger, von dem zum Nachlaß Berufenen eine Erklärung über die Antretung zu fordern. 205. — 3. Unzuständigkeit der Gerichte in Streitigkeiten zwischen dem Landesherrn und den Ständen. 231. — 4. Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung der Frage, ob der Erbe des Mitpächters einer Gemeindejagd in das Pachtverhältniß eintreten kann. 232. — 5. S. unten Hauptst. 3 I. Ziff. 1. 2.

II. Präjudicialsachen. 1. Statthaftigkeit einer Klage auf Ersatz der vom bösgläubigen Besitzer gezogenen Früchte ohne gleichzeitige Vindication des Grundstücks. 131. — 2. Nachforderung gesetzlicher Zinsen nach rechtskräftig erledigter Hauptsache. 16. — 3. Nachforderung von Verzugszinsen. 272 S. 414. — 4. Präjudicialeinrede gegen die Klage des Drittbestellers der Caution für einen Gewerbegehülfen auf Rückgabe, gestützt auf die Zuständigkeit der Gemeindebehörde (§ 120ᵃ der Gewerbenovelle vom 17. Juli 1878). 230.

Hauptstück 3. Gerichtsverfassung.

I. Gerichtsbarkeit. 1. § 120ᵃ der Gewerbenovelle vom 17. Juli 1878; die Anrufung der Gemeindebehörde ist obligatorisch, aber durch das Bestehen einer zuständigen Gemeindebehörde bedingt. 152. — 2. Anwendbarkeit des § 120ᵃ cit. auf Streitigkeiten über Rückgabe der von einem Gewerbegehülfen bestellten Caution; Präjudicialeinrede gegen die Klage des Drittbestellers der Caution. 230.

II. Rechtsanwaltschaft. Uebertragung der Vertretung einer Partei an einen beim Proceßgericht nicht zugelassenen Anwalt. 252.

Hauptstück 4. Civilproceßordnung.

I. Allgemeine Bestimmungen.

A. Gerichte.

a) Sachliche Zuständigkeit (§ 1—11). 1. Werth des Streitgegenstands bei der Negatorienklage wegen Störung des Eigenthums. 295. — 2. Werth des Beschwerdegegenstands für die Revision bei Klagen auf Urkundenedition. 242. — 3. S. unten V. C Ziff. 2.

b) Gerichtsstand (§ 12—37). 1. GSt. der à la suite gestellten und beurlaubten Offiziere. 233. — 2. Der GSt. der Personenvereine (§ 23) findet auch Anwendung auf Klagen der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit gegen jetzige und frühere Mitglieder wegen Prämienzahlung. 296. — 3. GSt. des Vermögens. 234. — 4. Der GSt. der Erbschaft bei Klagen aus Vermächtnissen gilt auch für die Erben des Beschwerten. 235. — 5. GSt. des Erfüllungsorts, Bedeutung der im § 29 erwähnten streitigen Verpflichtung. 234. 297. — 6. Derselbe gilt auch für den mit der Klage auf Aufhebung eines zweiseitigen Vertrags verbundenen Anspruch auf Rückgabe der klägerischen Vertragsleistung. 297. — 7. Derselbe gilt nicht für Quasicontracte. 236. — 8. Der GSt. der unerlaubten Handlung ist begründet bei Rückforderung einer bewußt widerrechtlichen beigetriebenen Wechselforderung 236. — 9. Derselbe richtet sich nicht darnach, wo die Handlung angeordnet, sondern wo sie vollzogen ist. 298. — 10. S. noch unten V. A Ziff. 4 und C Ziff. 2.

c) Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen (§ 41—49). Keine Ablehnung des Richters wegen Befangenheit, weil er an dem Erlaß eines dieselbe Rechtsfrage behandelnden Erkenntnisses in einem andern Proceß theilgenommen hat. 299.

B. Parteien.

a) Streitgenossenschaft (§ 56—60). 1. Wird durch ein obsiegliches Urtheil im Negatorienstreit mit einem von mehreren Miteigenthümern des angeblich herrschenden Grundstücks auch gegen die übrigen Miteigenthümer Rechtskraft bewirkt? 265. — 2. Feststellung streitiger materieller Rechtsverhältnisse, welche alle Theilhaber betreffen, kann mit der Klage auf Rechnungslegung gegen den geschäftsführenden Theilhaber (Art. 270 des HGB.) nicht erlangt werden. 123 — 3. Ist Einstimmigkeit der Miterben zur Remotion des Testamentsvollstreckers erforderlich? 281. — 4. Vgl. unten V. A Ziff. 2.

b) Proceßbevollmächtigte und Beistände (§ 74—86). 1. Uebertragung der Vertretung an einen beim Proceßgericht nicht zugelassenen Anwalt. 252. — 2. Kann der Correspondentreeder (Procurist) von Dritten zur Proceßvertretung der Rhederei (Firma)

gezwungen werden? 79. — 3. Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Nothfrist durch Unterlassung des Proceßvertreters, wenn diese nicht auf unabwendbarem Zufall beruht. 301.

c) Proceßkosten (§ 87—100). 1. Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunct ohne Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache ist unzulässig auch bezüglich der Kosten im Beschwerdeverfahren. 80. — 2. Enthält die bloße Anzeige des Klägers, daß er befriedigt sei, eine ihn zur Zurückforderung des Proceßkostenvorschusses berechtigende Zurücknahme der Klage? 302. — 3. S. unten II. e (Sachverständigengebühren).

C Verfahren.

a) Mündliche Verhandlung (§ 119—151). Wann ist die Aussetzung des Verfahrens (§ 139) gerechtfertigt? 237.

b) Zustellungen (§ 152—190). 1. Zur Wirksamkeit einer behändigten richterlichen Verfügung ist die thatsächliche Kenntnißnahme der Partei von deren Inhalt nicht erforderlich. 81. — 2. Zustellung von Anwalt zu Anwalt. Das Empfangsbekenntniß des Anwalts braucht nicht auf die Urschrift gesetzt zu werden. 300. — 3. Urtheile können auch durch Uebergabe einer beglaubigten Abschrift zugestellt werden. 305. — 4. Form der Zustellung von Beschlüssen 246 — 5. Versäumnisse der Zustellungsorgane als Restitutionsgrund? 157.

c) Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 208—216). 1. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der Nothfrist auf Grund von Krankheit des Proceßbevollmächtigten? 156. — 2. Keine Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Nothfrist durch Unterlassung des Proceßvertreters, wenn diese nicht auf unabwendbarem Zufall beruht. 301. — 3. Desgl. keine, wenn die Schrift erst am vorletzten Tage der Frist dem Gerichtsvollzieher übergeben und darauf eine Versäumung von den Zustellungsorganen begangen ist. 157.

II. Verfahren in erster Instanz.

Verfahren vor den Landgerichten.

a) Verfahren bis zum Urtheil (§ 230—271). 1. Feststellungsklage des Staatsbeamten bezüglich seines Rechts auf Versorgung seiner Hinterbliebenen. 29. — 2. Desgl. s. vorstehend I. Ba Ziff. 2. — 3. Petitorium absorbet possessorium. 105. — 4. Klagänderung, Unanfechtbarkeit der Entscheidung des Berufungsrichters, daß in 2 Instanz eine Klagänderung nicht stattgefunden habe. 241. — 5. Enthält die bloße gerichtliche Anzeige des Klägers, daß er befriedigt sei, eine zur Zurückforderung des Proceßkostenvorschusses berechtigende Zurücknahme der Klage? 302. — 6. Der Zusammenhang des Grundes einer proceßhindernden Einrede mit der Beurtheilung der Hauptsache schließt nicht die besondere Verhandlung und Entscheidung der Einrede aus. 234. — 7. Bei der abgesonderten Verhandlung (der Einrede des unzuständigen Gerichts) ist die Klagbegründung nicht zu erörtern. 298. — 8. Die const. 17 de fide instrum 4. 21 ist nicht als aufgehobene gesetzliche Beweisregel anzusehen. 258. — 9. Unterliegen auch Beweisbeschlüsse der Vorschrift des § 267, daß Mängel des Verfahrens durch unterlassene Rüge geheilt werden? 303.

b) Urtheil (§ 272—294). 1. Ist eine äußerliche Sonderung des Thatbestands und der Entscheidungsgründe erforderlich? 158. 159. — 2. Inwieweit darf im Thatbestand auf die vorbereitenden Schriftsätze Bezug genommen werden? 159. — 3. Revision wegen fehlenden, 85. 160; wegen sich widersprechenden, 304; wegen mangelhaften Thatbestands. 159. — 4. Berücksichtigung dieses Mangels von Amts wegen. 160. — 5. Interpretation des Thatbestands. 241. — 6. Revision wegen fehlender Entscheidungsgründe. 312 — 7. Kann der Thatbestand dadurch widerlegt werden, daß nach dem Sitzungsprotocoll ein davon abweichender Schriftsatz verlesen worden ist? 161. — 8. Urtheile können auch

durch Uebergabe einer beglaubigten Abschrift zugestellt werden. 305. — 9. Bedeutung der Berichtigung des Thatbestands. 238. — 10. Wird Rechtskraft auch gegen die übrigen Miteigenthümer des angeblich herrschenden Grundstücks bewirkt durch ein obsiegliches Urtheil im Negatorienstreit mit einem derselben? 265. — 11. Das Urtheil auf Zahlung einer Entschädigungsrente nach dem Reichshaftpflichtgesetz wird rechtskräftig bezüglich der Haftpflicht selbst; Weitergewährung einer nur auf Zeit zugesprochenen Rente. 130. — 12. Universalität der res iud. über Statusfragen. 82. — 13. Rechtskraft der Entscheidung über eine Compensationseinrede. 83. — 14. Beschlüsse brauchen weder den Namen der mitwirkenden Richter zu enthalten, noch von diesen allen unterschrieben zu werden. 306. — 15. Form der Zustellung von Beschlüssen. 246.

c) Versäumnißurtheil (§ 295—312). Zulässigkeit eines nach der Verkündung, aber vor Zustellung des Versäumnißurtheils eingelegten Einspruchs. 239.

d) Zeugenbeweis (§ 338—366). Recht der Zeugnißverweigerung nach § 350 Ziff. 4. 307.

e) Beweis durch Sachverständige (§ 367—379). Der gerichtliche S. hat auch für die Reisen zu den Terminen Anspruch auf die im § 3 der GO. vom 30. Juni 1878 bestimmte Vergütung. 253.

f) Beweis durch Urkunden (§ 380—409). 1. Die Mitgliedschaft an einer eingetragenen Genossenschaft wird nicht schon erwiesen durch das dem Registerrichter überreichte Mitgliederverzeichniß. 3. — 2. Erfordernisse der Quittung. 22. — 3 Die Vorlegung der Handelsbücher kann auch dann begehrt werden, wenn nur ein einseitiges Handelsgeschäft vorliegt. 208.

g) Beweis durch Eid (§ 410—439). 1. Die Statthaftigkeit einer Eidesdelation über das Wissen einer Thatsache ist nicht dadurch bedingt, daß Deferent Umstände angiebt, durch welche dem Delaten die Thatsache bekannt geworden sein soll. 240. — 2. Der richterliche Eid dient nicht zur Ergänzung von Substantiirungsmängeln. 84. — 3. Sog. Collationseid. 51.

III. Rechtsmittel.

A. Berufung (§ 472—506). 1. Die Berufung ist als unzulässig zu verwerfen, wenn die Ber.-Schrift nicht eine ausdrückliche Ladung des Ber.-Beklagten enthält. 162. — 2. Unanfechtbarkeit der Entscheidung des Ber.-Richters, daß in 2. Instanz eine Klagänderung nicht stattgefunden habe. 241. — 3. Bedeutung des Grundsatzes der Mündlichkeit für die Ber.-Instanz. 308. — 4. Vgl. vorstehend II. a Ziff. 9.

B. Revision (§ 507—529). 1. Werth des Beschwerdegegenstandes bei Klagen auf Urkundenedition. 242. — 2. Auch die Revision wegen Zulassung des Rechtsweges ist an keine Rev.-Summe gebunden; dadurch wird aber das angefochtene Urtheil nicht auch in anderen Puncten revisibel. 243. — 3. Rev. wegen Verletzung der Grundsätze über Statutencollision. 86. — 4. Nicht wegen Verletzung ausländischen Rechts. 310. — 5. Nicht wegen Verletzung eines königlich genehmigten und gehörig veröffentlichten Reglements für die Feuersocietät einer Provinz. 309. — 6. Rev. wegen Verletzung der gemeinrechtlichen Rechtsnormen über Gewohnheitsrecht, auch wenn letzteres ein nur particulares ist. 244. — 7. Desgl. wegen unrichtiger Beurtheilung eines Vertrages? 311. — 8. Desgl. wegen Auslegung von Urkunden? 163. 164. — 9. Desgl. wegen fehlenden oder mangelhaften Thatbestands. 85. 159. 160. 304. — 10. Desgl. wegen fehlender Entscheidungsgründe. 312. — 11. Die Berufungsschrift muß eine ausdrückliche Ladung des Ber.-Beklagten enthalten. 162. — 12. Die Feststellung des Inhalts ausländischer Gesetze durch den Ber.-Richter ist für den Rev.-Richter bindend. 310. — 13. Ebenso der Ausspruch des Ber.-Richters, daß ein Rechtssatz dem formellen, nicht dem materiellen Proceßrecht angehöre. 86.

C. Beschwerde (§ 530—540). 1. Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunct ohne Anfechtung in der Hauptsache ist unzulässig auch bezüglich der Kosten

im Beschwerdeverfahren. 80. — 2. Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund (§ 531 Abs. 2) liegt nicht vor, wenn das OLG. die vom LG. abgeänderte Entscheidung des AG. wiederhergestellt hat. 165. — 3. Die Einreichung einer nicht legalisirten Beschwerde in höherer Instanz ist zulässig, wo der § 532 Abs. 2 die Einlegung der Beschwerde durch Erklärung zu Protocoll des Gerichtsschreibers verstattet. 245. — 4. Beginn der Nothfrist für die sofortige Beschwerde. 246.

IV. Urkunden- und Wechselproceß (§ 555—567).

1. Der Urkundenproceß kann auch auf nicht unterschriebene Privaturkunden gegründet werden. 166. — 2. Im Urkundenproceß müssen die Klagbehauptungen einschließlich der Legitimation des Klägers bereits mit dem Klageschriftsatz urkundlich dargelegt sein. 167. — 3. Geltendmachung neuer Einreden des im Wechselproceß verurtheilten Beklagten im Nachverfahren. 168.

V. Zwangsvollstreckung.

A. Allgemeine Bestimmungen (§ 644—707).

1. Ein gegen eine offene Handelsgesellschaft ergangenes rechtskräftiges Erkenntniß ist gegen den Gesellschafter nicht vollstreckbar, welcher bei Auflösung der Gesellschaft deren Activen und Passiven übernommen hat. 57. — 2. Welcher Gerichtsschreiber hat das Zeugniß über die Rechtskraft des Urtheils 1. Instanz zu ertheilen, wenn gegen zwei Streitgenossen erkannt, das Urtheil gegen den einen rechtskräftig geworden und gegen den andern ein Rechtsmittel eingelegt ist? 87. — 3. Desgl. wenn die Revision eingelegt und zurückgenommen, der Verlust des Rechtsmittels aber noch nicht durch Urtheil ausgesprochen ist? 313. — 4. Widerspruch des Concursverwalters der schuldnerischen Masse gegen die Zwangsvollstreckung; Gerichtsstand für die desfällige Klage. 169.

B. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

a) In das bewegliche Vermögen (§ 708—754). 1. Collision zwischen dem Pfändungspfandrecht und dem Absonderungsrecht des Vermiethers. 251. — 2. Anweisung des Gläubigers auf den Erlös aus der beantragten Zwangsvollstreckung bewirkt keine sofortige Tilgung der Forderung. 32. — 3. Durch Empfangnahme des Erlöses aus den gepfändeten und versteigerten Sachen seitens des Gerichtsvollziehers (§ 720) erleidet das Vorrecht anderer Gläubiger keine Veränderung. 247. — 4. Die Ueberweisung der gepfändeten Forderung an den Gläubiger zur Einziehung (§ 736) macht denselben nicht zum Gläubiger des Drittschuldners mit Stimmrecht in dessen Concurse. 248. — 5. Die im § 4 Ziff. 3 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869 enthaltene Bestimmung kommt auch den Armenverbänden zugut, welche Familienglieder des Verpflichteten alimentirt haben. 88.

b) In das unbewegliche Vermögen (§ 755—757). Verfahren betreffend die Zwangsvollstreckung in Grundstücke. 245.

C. Arrest und einstweilige Verfügungen (§ 796—822).

1. Vermögenszerrüttung des Schuldners und drohende Concurrenz anderer Gläubiger bilden keinen Arrestgrund 249. — 2. Nur das Gericht der Hauptsache, nicht das AG. der belegenen Sache ist zum Erlaß einstweiliger Verfügungen zuständig. 89.

Hauptstück 5. Concursordnung.

I. Concursrecht.

A. Anfechtung (§ 22—34). 1. Paulianisches Rechtsmittel im Fall einer gegen Bezahlung des vollen Sachwerths geschehenen Veräußerung. Erforderniß der Vermögensminderung 90. — 2. Inwiefern können Pfandbestellungen durch das paulianische Rechtsmittel angefochten werden? 250. — 3. Auch eine Arrestvollziehung wider den Willen des Gemeinschuldners kann anfechtbar sein. 170. — 4. Fortbestand des Pfandrechts für eine

bezahlte Forderung, wenn die Zahlung angefochten und rückgängig gemacht iſt. 267. — 5. S. vorſtehend Hauptſt. 4 V. A Ziff. 4.

B. Abſonderung (§ 39—45). Colliſion zwiſchen dem Abſonderungsrecht des Vermiethers und dem Pfändungspfandrecht. 251.

II. Concursverfahren.

A. Allgemeine Beſtimmungen (§ 64—93). Die Ueberweiſung einer gepfändeten Forderung an den Gläubiger zur Einziehung (§ 736 der CPO.) verleiht demſelben kein Stimmrecht im Concurſe des Drittſchuldners. 248.

B. Zwangsvergleich (§ 160—187). 1. Nach früherem gemeinen Recht waren heimliche Nebenverſprechungen Dritter an einzelne Gläubiger nicht unerlaubt. 171. — 2. Ungültigkeit eines neben dem Zwangsvergleich zwiſchen dritten Perſonen über eine Forderung an den Gemeinſchuldner abgeſchloſſenen, dieſe Forderung begünſtigenden Uebereinkommens. 91. — 3. S. vorſtehend A.

Ueberſicht

der Entſcheidungen nach den Gerichtshöfen.

Braunſchweig. Früheres OG. (in Wolfenbüttel): 49. 88.
OLG.: 2. 5. 11. 36. 39. 45. 51. 82. 84. 103. 123. 138. 174. 191. 205. 206. 256. 259. 264. 265. 270. 273—275. 281.

Celle. Früheres AG.: 18. 47.
OLG.: 90. 105. 142 155. 168. 195. 202. 207. 247. 251. 263. 271. 307.

Darmſtadt. OLG.: 190. 196. 232.

Dresden. Früheres OAG.: 28. 35. 38 66. 108. 135.
OLG.: 302.

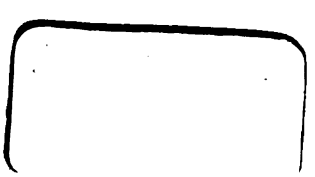
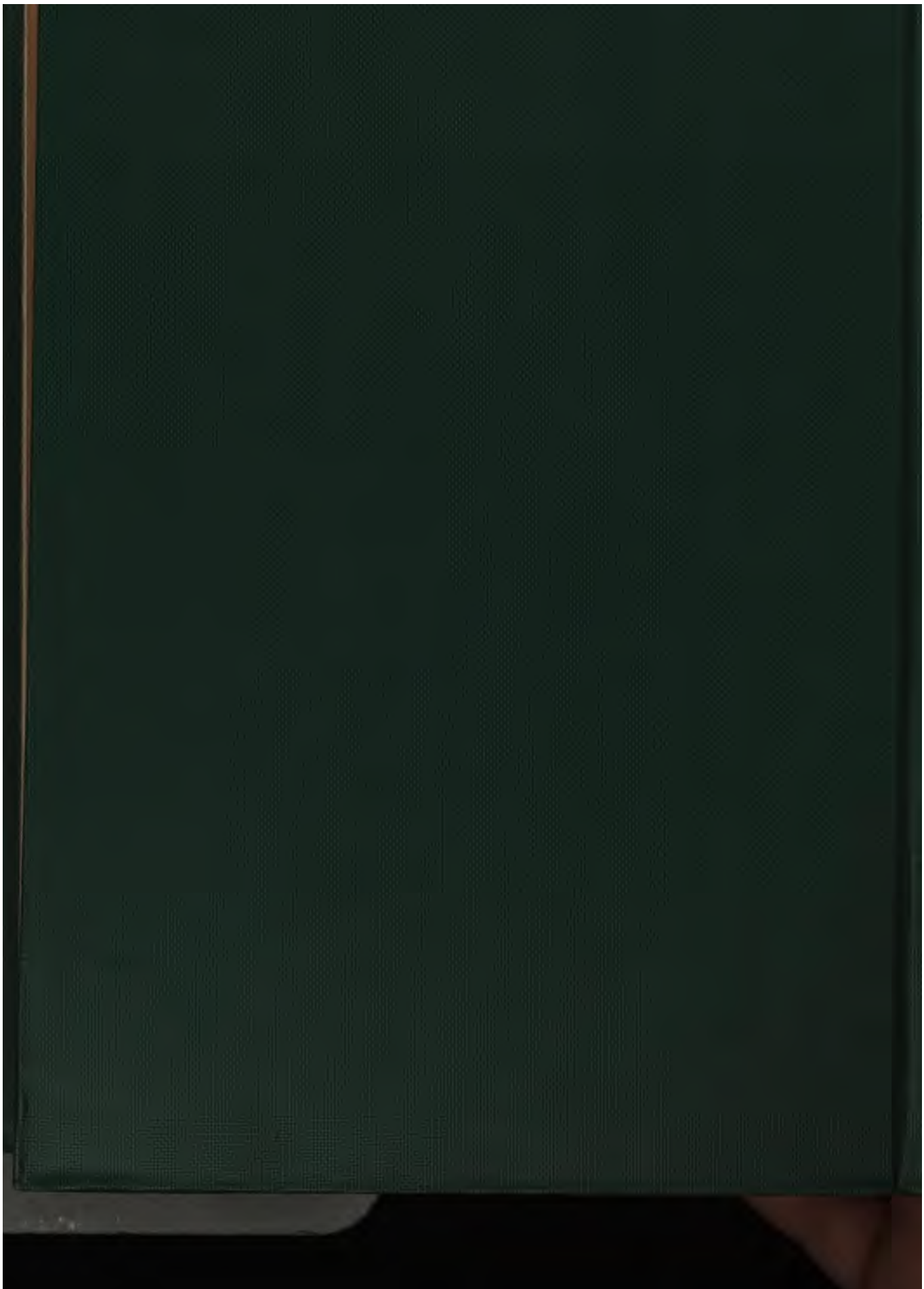
Hamburg. OLG.: 268.

Kaſſel. OLG.: 14. 81.

Kiel. OLG.: 277.

Leipzig. Früheres ROHG.: 4. 7. 30. 69. 70. 71. 154. 285.
RG.: 1. 3. 6. 8. 13. 16. 17. 19—23. 25. 26. 29. 32. 34. 37. 40—44. 46. 52—65. 68. 72. 74. 76—80 85—87. 89. 92—94. 96. 99—102. 104. 107. 109. 110. 112. 114. 115. 118. 121. 125. 126. 129. 130. 132. 136. 139. 141. 143—153. 156—162. 164—167. 169—171. 173. 175. 176. 178—180. 184—189. 192. 193. 197. 198. 200. 201. 204. 209. 211—215. 218. 219. 221—241. 243—246. 249. 250. 252—255. 258. 260. 261. 267. 272. 277—280. 282—284. 286—301. 303—306. 308—313.

München. Oberſtes LG.: 10. 12. 15. 24. 27. 31. 50. 83. 95. 97. 98. 106. 111. 113. 117. 119. 120. 122. 124. 127. 128. 131. 133. 134. 137. 140. 163. 172. 177. 181—183. 194. 199. 203. 242. 248. 257. 262. 266. 269. 276.

Stuttgart. OLG.: 9. 33. 48. 67. 73. 116.

Wien. Oberſter GH.: 75. 91. 208. 210. 216. 217. 220.